This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL ODTW Y

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 9, 1904.

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur

Erläuterung des Preußischen Rechts

durch

Theorie und Praxis.

Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben

von

Dr. J. A. Gruchot,
Appellationsgerichts-Rath in Hamm.

Achter Jahrgang.

Hamm.
G. Grote'sche Buchhandlung (C. Müller).
1864.

Digitized by Google

Rec. Jan. 9, 1904

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß des achten Jahrganges.

Abhandlungen.

(Erstes Heft.)

Nr.		Seite
1.	Bedeutung und Form des Zuschlags in Zwangs-Verkaufs-Sachen. Vom Kreisrichter Zenthöfer in Rybnik in Oberschlesien	1
2.	Beiträge aus der Praxis zur Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten. Von Dr. J. A. Gruchot	26

(Zweites Heft.)

3.	Ueber die Zulässigkeit präparatorischer Erkenntnisse nach preußischem Recht. Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig	153
4.	Einiges über Regreßverbindlichkeit der Beamten. Von E. Scheele, Rechtsanwalt in Arnsberg	162
5.	Beiträge aus der Praxis zur Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten. Von Dr. J. A. Gruchot. (Fortsetzung und Schluß)	168

(Drittes Heft.)

6.	Das Dispositionsrecht des Fiduziar-Erben über den mit fideicommissarischer Substitution beschwerten Nachlaß. Vom Kreisrichter Wienstein in Stettin	305
7.	Eintragung der in Ablösungs-Rezessen übernommenen Renten für abgelöste nicht eingetragene Prästationen. Vom Kreisgerichts-Director Wettich in Zielenzig	329
8.	Die Sorge der Vormundschafts-Behörden für die persönlichen Verhältnisse, namentlich die Erziehung der Mündel, die Erziehungsberichte in Vormundschaftssachen, Mitwirkung der Geistlichen bei denselben und das Institut des Familienraths. Von Dr. Silberschlag, Stadt- und Kreis-Gerichts-Rath in Magdeburg	338
9.	Gerichtsstand der deutschen Standesherren, deren vormals reichsunmittelbare Besitzungen nicht mit dem Preußischen Staate, sondern mit einem andern Bundesstaate vereinigt sind. Mitgetheilt von L.	342
10.	Ueber die executivische Beschlagnahme von Löhnen der Berg- und Hüttenarbeiter. Vom Rechtsanwalt Ed. Cremer in Lüdenscheid	348

(Viertes Heft.)

11.	Ueber die Zulässigkeit präparatorischer Erkenntnisse nach preußischem Recht. Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig	489
12.	Collision der Rechte mehrerer Subhastationsextrahenten im Fall des Miteigenthums Mehrerer an der zu subhastirenden Sache. Vom Kreisrichter Schlomka zu Erfurt	502
13.	Rangordnung der Massengläubiger. Von dem Kreisrichter Kuhr in Grottkau	511
14.	Ueber das Recht des Käufers, der ein gekauftes Thier wegen Gewährsmängel, oder wegen Mangel der gesetzlichen Vertragsform zurückgiebt, von	

Digitized by Google

Nr. Seite

dem Verkäufer Ersatz der Futterkosten zu fordern. Mitgetheilt von B. in Breslau 520
15. Die rechtliche Bedeutung des Austritts aus der Kirche. Vom Kreisgerichts-Director Wettich in Zielenzig 528

Rechtsfälle.

(Erstes Heft.)

1. Zulässigkeit des Beweises des Irrthums gegen ein gerichtlich aufgenommenes Testament. Rechtsfall, mitgetheilt vom Rechts-Anwalt Regendank in Langensalza 55
2. Aufhebung eines Kaufvertrages wegen Betruges. Einfluß des Strafurtels auf den nachfolgenden Civilprozeß. Mitgetheilt vom Kreisrichter Voigtel in Burg 65
3. Umwandlung einer hypothekarischen Caution in eine unbedingte Hypothekenforderung 71
4. Entschädigungsklage gegen den Machtgeber wegen eigenmächtiger Besitznahme des im mündlichen Auftrage desselben gekauften und bebauten Grundstückes 76
5. Wirkung eines Vertrages, wodurch dem Recht auf die gesetzliche Baulinie entsagt wird, gegen den Nachfolger im Besitz des berechtigten Grundstücks. Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig 79
6. Entschädigungsanspruch mehrerer Aktionaire gegen die Gründer einer Aktiengesellschaft 80
7. Regreßklage des im Wechselprozesse in contumaciam Verurtheilten gegen seinen Sachwalter wegen versäumter Anzeige des Termins, worin vom Verklagten der Diffessionseid geleistet werden sollte 87
8. Nachträgliche Festsetzung des von dem gewesenen Vormunde in Anspruch genommenen Honorars nach Beendigung der Vormundschaft 90

(Zweites Heft.)

9. Ersitzung der Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen. Verlassenes Flußbett. Fortdauer der Vermögensrechte einer aufgehobenen Corporation. Mitgetheilt vom Kreisrichter Voigtel in Burg 209
10. Zulässigkeit der weiteren Litisdenunciation Seitens des Denunciaten . . 221
11. Wirksamkeit der aus einem bestimmten Grunde erklärten Aufkündigung der Miethe oder Pacht für die aus einem andern Grunde nachgesuchte Räumung. Rechtsfall, mitgetheilt und besprochen vom Gerichtsassessor Eduard Cremer in Bochum 224
12. Befugniß des Wechselschuldners, den die Wechselexekution in das Vermögen nachsuchenden Gläubiger auf das ihm bestellte Pfand zu verweisen . 226
13. Wesen und Inhalt des Diffessionseides in Wechselsachen. Ein Rechtsfall, mitgetheilt und besprochen von W. Rauschenbusch, Rechtsanwalt bei dem Appellationsgericht zu Hamm 228
14. Einfluß der Entscheidung des Strafrichters auf den Entschädigungsanspruch des Verletzten 233
15. Kann der Rathgeber Vortheile einklagen, die ihm von der Gegenpartei des Berathenen zugesichert sind? Mitgetheilt von R. v. Krähwel, Appellationsgerichtsrath in Naumburg a. S. 253
16. Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache in Folge der Zurückweisung einer auf Alimentation eines unehelichen Kindes gerichteten Klage . . 254

Digitized by Google

Nr. Seite

17. Wenn ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament Seitens der Pflichttheilserben mit Erfolg angefochten worden, treten dadurch die Vorschriften der §§ 492, 493 Tit. I Theil 2 des Allg. Land-Rechts außer Wirksamkeit? 256
18. Anspruch des Erwerbers einer Grundbesitzung auf den Expropriationswerth eines vor seiner Erwerbung expropriirten Pertinenzstückes derselben 258

(Drittes Heft.)

19. Mündliche Nebenabrede über den Gegenstand eines schriftlich geschlossenen Kaufvertrages. Bedeutung derselben für das Rücktrittsrecht des Verkäufers. Mitgetheilt von dem Kreisrichter Voigtel in Burg 353
20. Einfluß des zufälligen Unterganges der in Folge eines der Schriftform bedürfenden, nur mündlich abgeschlossenen Vertrages übergebenen Sache auf die in den §§ 156, 157 Tit. 5 Th. I des Allg. Landrechts festgesetzte alternative Verbindlichkeit des Empfängers 357
21. Anfechtungsklage des Hypothekenschuldners wegen Eintragung einer im Wege der Exekution erfolgten Theilcession 361
22. Rechtliche Folgen einer Protestation, in Bezug auf eine cedirte hypothekarische Darlehnsforderung, rücksichtlich deren der Schuldner den Cessionar als seinen Gläubiger anerkannt hat 365
23. Specialprozeß über eine bei der Kaufgelderbelegung gebildete Streitmasse-Anfechtungsrecht des postlocirten Gläubigers. Aufhebung von Hypothekenrechten durch Consolidation. Mitgetheilt von dem Kreisrichter Voigte. in Burg 371
24. Wirksamkeit eines in Folge der Anfechtungsklage der Pflichttheilserben theilweise aufgehobenen gemeinschaftlichen Testamentes 378
25. Nichthaftung des Verpächters einer Fabrik für den durch deren Ausströmungen den Nachbarn entstandenen Schaden 382
26. Exceptio plurium zur Widerlegung der Behauptung der Alimentenklägerin, daß auch ein schon früher außer der Ehe von ihr geborenes Kind vom Verklagten erzeugt sei. Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen 384
27. Regelung der Beweislast, wenn eine aus dem Ehegelöbnisse klagende Braut von dem Verklagten, unter Hinweisung auf ihre Schwangerschaft, der Untreue beschuldigt wird, die Klägerin aber den Verklagten für ihren Schwängerer erklärt 387
28. Gehört ein Kaufgelderrückstand, den der Verkäufer dem Gutsannehmer zinsfrei beläßt und seinem Kinde in Anrechnung auf die künftigen Erbgelder übereignet, zum freien Vermögen des Kindes? Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen 390
29. Unstatthaftigkeit der Diffamationsklage im Falle des Besitzes des Gegners 394
30. Stillschweigende Verlängerung der Appellations-Einführungsfrist . . . 396
31. Unstatthaftigkeit des Antrages auf nothwendige Subhastation eines nach der Behauptung des Provokanten zum Theil auf dem anstoßenden Grundstücke des Provokaten errichteten, im Besitze des Letzteren befindlichen Gebäudes 399

(Viertes Heft.)

32. Exekution in Geld gegen einen Schuldner, der eine fremde Kasse führt. Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen 540
33. Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache. Mitgetheilt von Friedrich Gerstein, Rechtsanwalt in Herford 543

Digitized by Google

Nr. Seite
34. Voraussetzungen der condictio indebiti 547
35. Ist das Recht des Grundnachbars, welches der im § 164 I. 8 A. L. R. festgesetzten Verpflichtung entspricht, auch gegen den Besitznachfolger dessen, der das Gebäude abgebrochen hat, geltend zu machen? Mitgetheilt von R. Koch, Stadtrichter in Danzig 554
36. Beweislast beim Streit um ein jus potius. Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen 555

Glossen

(erstes und zweites Heft)

zu Titel 9 Th. I des Allgemeinen Landrechts 92, 262

(drittes und viertes Heft)

zu Titel 10 Th. I des Allgemeinen Landrechts 402, 560

Literatur.

(Erstes Heft.)

1. Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten herausgegeben von F. B. Busch, Großherzoglich Sächsischen und Fürstlich Schwarzburgischen Appellationsgerichtsvizepräsidenten a. D. Erster Band. Mit einem Register über den ersten Band. Leipzig, Arnoldische Buchhandlung, 1863 148
2. Die Haftpflicht der Deutschen Postanstalten, dargestellt von Christian Moritz Adolph Gad, Doctor der Rechte und Kreisrichter. Berlin, Verlag von E. H. Schroeder, Hermann Kaiser, Unter den Linden 41. 1863 149
3. Die neueren Rechtsschulen der Deutschen Juristen. Von Dr. Bluntschli. Zweite mit Reformvorschlägen erweiterte Auflage. Zürich, Chr. Begel's Verlag. (A. Louis.) 1862 150

(Zweites Heft.)

4. Die Reform des Notariats in den altpreußischen Provinzen von A. v. Hagen, Rechtsanwalt und Notar. Stendal 1863. Druck und Verlag von Franzen und Große 300
5. Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland von Richard Schröder, Dr. der Rechte. Erster Theil. Die Zeit der Volksrechte. Stettin, Danzig, Elbing. Léon Saunier's Buchhandlung, 1863 302
6. Kritik des Preußischen Gesetzentwurfes über die Verantwortlichkeit der Minister nebst einem Gesetzentwurfe von Dr. Richard Eduard John, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Königsberg. (Aus der „Allgemeinen Deutschen Strafrechtszeitung, herausgegeben von Franz von Holtzendorff, Jahrgang 1863, Extra-Heft, besonders abgedruckt.) Leipzig 1863. Verlag von Johann Ambrosius Barth 303

Digitized by Google

Nr. Seite

(Drittes Heft.)

7. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Von Franz Förster, Dr. d. R. Appellationsgerichtsrath zu Greifswald. I. Band. (Ifte Hälfte, die Einleitung und die Grundbegriffe enthaltend.) Berlin 1864. Druck und Verlag von Georg Reimer 475
8. Handbuch des Handelsrechts. Von Dr. L. Goldschmidt, a. o. Professor der Rechte in Heidelberg. Erster Band, erste Abtheilung, enthaltend die geschichtlich-literärische Einleitung und die Grundlehren. Erlangen. Verlag von Ferdinand Enke. 1864 478
9. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst den dazu in Preußen erlassenen ergänzenden Bestimmungen, insbesondere dem Einführungsgesetze und der Instruktion. Mit Kommentar herausgegeben von H. Makower. I. Abtheilung. Zweite, vollständig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin 1864. Verlag von J. Guttentag 484
10. System des Preußischen Armenpflegerechts von C. Rocholl, Justizrath beim Appellations-Gericht in Hamm. Hamm, G. Grote'sche Buchhandlung (C. Müller). 1864 485
11. Betrachtungen über die rechtlichen und socialen Verhältnisse Minderjähriger und Unselbstständiger. Von Gustav Kurella. Berlin 1864. Verlag von Julius Springer 487

(Viertes Heft.)

12. Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten herausgegeben von F. W. Busch, Großherzoglich Sächsischem und Fürstl. Schwarzburgischem Appellationsgerichts-Vizepräsidenten a. D. Zweiter Band. Leipzig, Arnoldische Buchhandlung. 1864 611
13. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Mit Bewilligung der Herren A. Rauck und Comp. Vier Bände. Vierte beziehungsweise dritte vermehrte Auflage. Berlin 1862 bis 1864. Verlag von J. Guttentag.
Prozeß-Ordnung nach ihrer heutigen Geltung. Unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, mit den Präjudizien des höchsten Gerichts, so wie mit nachweisenden und erläuternden Anmerkungen, nebst Register, herausgegeben von Dr. C. F. Koch. Erste Abtheilung. Fünfte vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, Verlag von J. Guttentag. 1864 . 612
14. Die preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger, nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts dargestellt von E. Meischeider, Königl. Kreisrichter in Glogau. Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1864 615
15. Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht von Dr. Göppert, Gerichtsassessor und Privatdocent an der Königl. Universität zu Breslau. Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1864 618
16. Zur Lehre vom Miteigenthum. Von Felix Boas, königl. Kreisrichter. Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1864 618
17. Die Preußische Disziplinargesetzgebung für die unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten, erläutert aus den Materialien, der Rechtlehre, den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals und den Ministerial-Reskripten durch G. Thilo, Königl. Staatsanwalt. Berlin 1864. Verlag von J. Guttentag. 621

Digitized by Google

Sachregister zum VIII. Jahrgange.

A.

Abgabenfreiheit.
Erſitzung der A. S. 271 f.

Ablöſungsrezeſſe.
Eintragung der in A. übernommenen Renten für abgelöſte nicht eingetragene Präſtationen. S. 329 f.

accessio possessionis. S. 119 f.

adjudicatoria. — Bedeutung u. Form in nothwendiger Subhaſtation. S. 1 f. S. auch Zuſchlag.

Aktionaire.
Entſchädigungsanſpruch der A. gegen die Gründer der Aktien-Geſellſchaft. S. 80 f.

alveus derelictus. S. 212 f.

Anfechtungsklage des Hypothekenſchuldners wegen Eintragung einer im Wege der Execution erfolgten Theilceſſion. S. 361 f.

Anfechtungsrecht des poſtlocirten Gläubigers in Beziehung auf eine bei der Kaufgelderbelegung gebildete Streitmaſſe. S. 371 f.

Appellations-Einführungsfriſt.
Stillſchweigende Verlängerung der A. S. 396 f.

Aufkündigung der Miethe od. Pacht.
Wirkſamkeit der aus einem beſtimmten Grunde erklärten A. für die aus einem andern Grunde nachgeſuchte Räumung. S. 224 f.

Auftrag.
Mündlicher A. zum Kauf und zur Bebauung eines Grundſtückes. S. 76 f.

Austritt aus der Kirche. S. 528 f.

B.

Baulinie.
Wirkſamkeit eines Vertrages, wodurch dem Recht auf die geſetzliche B. entſagt wird, gegen den Nachfolger im Beſitze des berechtigten Grundſtückes. S. 79 f.

Berg- und Hüttenarbeiter.
Executiviſche Beſchlagnahme ihres Lohnes. S. 348 f.

Beſitztitel.
Aufhebung der Zwangspflicht zu deſſen Berichtigung. S. 588 f.

Betrug als Grund der Aufhebung eines Kaufvertrages. S. 65 f.

Beweislaſt beim Streit um ein jus potius. S. 555 f.

bona fides als Erforderniß der Erſitzung. S. 103 f.

bona fides bei Erſitzung von Grundgerechtigkeiten. S. 175 f.

bona fides des auf den Glauben des Hypothekenbuches ſich ſtützenden Erwerbers. S. 580 f.
Zeitpunkt, der hierüber entſcheidet. S. 586 f.

C.

Caution.
Umwandlung einer hypothekariſchen C. in eine unbedingte Hypothekenforderung. S. 71 f.

Civil-Computation bei der Verjährung. S. 138.

Colliſion der Rechte bei mittelbarem Eigenthumserwerbe. S. 590 f.

Commiſſionsgeſchäft.
Eigenthumsübergang bei der Einkaufscommiſſion. S. 455 f.

condictio indebiti. Vorausſetzungen. S. 547 f.

Conſolidation.
Aufhebung von Hypothekenrechten durch C. S. 371 f.

constitutum possessorium, der wirklichen Uebergabe gleichſtehend. S. 602.

Corporation.
Fortdauer der Vermögensrechte einer aufgehobenen C. S. 209 f.

D.

Darlehnsforderung.
Rechtliche Folgen einer Proteſtation in Bezug auf eine cedirte hypothekariſche D., rückſichtlich deren der Schuldner den Ceſſionar als ſeinen Gläubiger anerkannt hat. S. 365 f.

Diffamationsklage.
Unſtatthaftigkeit der D. im Falle des Beſitzes des Gegners. S. 394 f.

Diffeſſionseid im Wechſelprozeſſe. S. 87 f. S. 228 f.

Digitized by Google

E.

Eigenthum.
Mittelbare Erwerbung des E. überhaupt. S. 402 f.
Mittelbare Erwerbung des E. von Grundstücken. S. 560 f.
Mittelbare Erwerbung des E. von beweglichen Sachen. S. 579 f.
Einfluß der mala fides dabei. S. 602 f.
Eigenthumsbeweis bei Grundstücken. S. 578 f.
Erkenntniß.
Präparatorisches E. nach Preuß. Recht. S. 153 f. S. 489 f.
Ersitzung.
Subjektive Erfordernisse. S. 92.
Objektive Erfordernisse. S. 93.
Anfang der E. S. 101 f.
Beweis der Fortsetzung. S. 107 f.
E. von Forderungsrechten. S. 93 f.
E. gestohlener oder geraubter Sachen. S. 94 f.
Unterbrechung der E. S. 109 f.
Fortsetzung der E. Seitens des Erben. S. 129 f.
Zeitraum der E. S. 136 f.
Berechnung desselben. S. 138 f.
30jährige E. S. 172 f.
Ungewöhnliche Verjährung durch Nichtgebrauch und Besitz:
44jährige. S. 262 f.
Besitz vom Jahre 1740. S. 266 f.
40jährige. S. 269.
50jährige. S. 270 f.
Wirkung der E. S. 284 f.
tantum praescriptum quantum possessum. S. 290 f.
E. eines Inbegriffs v. Sachen. S. 291 f.
einer Erbschaft. S. 294 f.
Verträge über E. S. 298 f.
Ersitzung der Grundgerechtigkeiten. S. 26 f.
Rechtsbesitz als Erforderniß. S. 27 f.
opinio juris in Gestalt des animus domini. S. 37 f.
scientia et patientia des Gegners. S. 47 f.
Fehlerfreiheit des Besitzes. S. 168 f.
Guter Glaube. S. 175 f.
Rechtsgrund. S. 178 f.
Zeitablauf. S. 186 f.
Berechnung der Ersitzungszeit. S. 192 f.
Unterbrechung. S. 195 f.
Ruhen der E. S. 197 f.
Zeitdauer. S. 199 f.
E. von Untersagungsrechten. S. 205 f.
Wirkung. S. 206 f.
tantum praescriptum quantum possessum. S. 207 f.
E. der Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen. S. 209 f.
Wirkung des ruhigen Besitzes einer Servitut an einem Domänengrundstücke im Normaljahre. S. 267 f.
Erziehung.
Sorge der Vormundschaftsbehörden für die E. der Mündel. S. 338 f.
Erziehungsberichte in Vormundschaftssachen. S. 338 f.
exceptio plurium zur Widerlegung der Behauptung der Alimentenklägerin, daß auch ein schon früher von ihr außerehelich geborenes Kind von dem Verklagten erzeugt sei. S. 384 f.
Execution in den Lohn der Berg- und Hüttenarbeiter. S. 348 f.
E. in Geld gegen einen Schuldner, der eine fremde Kasse führt. S. 540 f.
Expropriation.
Anspruch des Erwerbers einer Grundbesitzung auf den Expropriationswerth eines vor seiner Erwerbung expropriirten Pertinenzstückes derselben. S. 258 f.

F.

Familienrath. S. 338 f.
Fiduziar-Erbe.
Dispositionsrecht des F. über den mit fideicommissarischer Substitution beschwerten Nachlaß. S. 305 f.
Erbeseigenschaft des Fiduziars. S. 306 f.
Beschränkung des F. in der Verfügung über die Substanz. S. 312 f.
Wirkungen der Dispositionsüberschreitungen. S. 315 f.
Verhalten des Hypothekenrichters ihnen gegenüber. S. 327 f.
Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen.
Deren Ersitzung. S. 209 f.
Fiskus.
Verjährung gegen den F. S. 262 f., S. 266 f.
Flußbett, verlassenes. S. 209 f.
Flüsse, öffentliche.
Eigenthum daran. S. 211 f.
furtiva res.
Deren Ersitzung. S. 94 f.
Futterkosten.
Ersatz der F. der Redhibition des gekauften Thiers. S. 520 f.

G.

Gerichtsstand der deutschen Standesherren, deren vormals reichsunmittelbar-

Digitized by Google

Besitzungen nicht mit dem Preuß. Staate vereinigt sind. S. 342 f.

Gewährsmängel.
Ersatz der Futterkosten bei Redhibition des gekauften Thieres. S. 520 f.

Grundstücke.
Mittelbare Erwerbung des Eigenthums an G. S. 560 f.

H.

Hypothekarische Caution.
Deren Umwandlung in eine unbedingte Hypothekenforderung. S. 71 f.

Hypothekenbuch.
publica fides desselben. S. 567 f.
Beschränkung auf lästige Rechtsgeschäfte. S. 569 f.
Redlichkeit des auf den Glauben des H. sich stützenden Erwerbes. S. 580 f.
Zeitpunkt, der hierbei entscheidet. S. 586 f.
Vermerke im H., welche den Rechtserwerb eines Dritten hindern. S. 588.

Honorar des Vormundes.
Nachträgliche Festsetzung nach geendigter Vormundschaft. S. 90 f.

J.

Immemorialverjährung. S. 277 f.

Immission.
Nichthaftung des Verpächters einer Fabrik für den durch deren Ausströmungen den Nachbarn entstandenen Schaden. S. 382 f.

Immobilien. — Mittelbare Erwerbung des Eigenthums an J. S. 560 f.

indebiti solutio als Eigenthumsübertragung. S. 429 f.

Irrthum bei der gerichtlichen Aufnahme eines Testaments. S. 55 f.

Irrthum bei der Tradition. S. 428 f.

K.

Käufer.
Recht des K., der ein gekauftes Thier wegen Gewährsmängel oder wegen Mangels der gesetzlichen Vertragsform zurückgibt, von dem Verkäufer Ersatz der Futterkosten zu fordern. S. 520 f.

Kaufgelderbelegung.
Spezialprozeß über eine dabei gebildete Streitmasse. S. 371 f.

Kaufvertrag.
Aufhebung wegen Betruges. S. 65 f.
Mündliche Nebenabrede über den Gegenstand eines schriftlich geschlossenen K. S. 353 f.

Kinder unter väterl. Gewalt.
Gehört ein Kaufgelderrückstand, den der Verkäufer dem Gutsannehmer zinsfrei beläßt und seinem Kinde in Anrechnung auf die künftigen Erbgelder übereignet, zum freien Vermögen des Kindes? S. 390 f.

Kirche.
Rechtliche Bedeutung des Austritts aus der Kirche. S. 528 f.
Verjährung gegen die K. S. 263.

Konkurs.
Rangordnung der Massengläubiger. S. 511 f.

L.

Litigiosität des zur Subhastation gestellten Grundstückes. S. 18.

Litisdenunciation.
Zulässigkeit der weitern L. Seitens des Denunciaten. S. 221 f.

Lohnbeschlagnahme gegen Berg- und Hüttenarbeiter. S. 348 f.

M.

Machtgeber.
Entschädigungsklage gegen den M. wegen eigenmächtiger Besitznahme des im mündlichen Auftrage desselben gekauften u. bebauten Grundstückes. S. 76 f.

mala fides als Hinderniß der Ersitzung. S. 102 f.

mala fides als Hinderniß des mittelbaren Eigenthumserwerbes. S. 602 f.

Massengläubiger — deren Rangordnung. S. 511 f.

Meistgebot bei der Subhast. S. 13 f.
Cession d. daraus erlangten Rechts. S. 15.

Miethe.
Kündigung aus einem bestimmten Grunde. S. 224 f.

Moralische Verbindlichkeit. S. 551 f.

Mündliche Nebenabrede. S. 353 f.

Mündlicher Vertrag.
Einfluß des zufälligen Unterganges der in Folge eines solchen Vertrages übergebenen Sache. S. 357 f.

N.

Natürliche Verbindlichkeit. S. 551 f.

Nebenabrede.
Mündliche N. über den Gegenstand eines schriftlich geschlossenen Vertrags. S. 353 f.

Digitized by Google

O.

opinio juris als Erforderniß der Ersitzung von Grundgerechtigkeiten. S. 27 f. 33 f.
o. j. in Gestalt des animus domini. S. 37 f.

P.

Pacht.
Kündigung der Pacht aus einem bestimmten Grunde. S. 224.
Pfandrecht am ideellen Theile einer Sache.
Realisirung desselben. S. 503 f.
Pfändung als Unterbrechung der Ersitzung. S. 118 f.
Präparatorische Erkenntnisse. S. 153 f. S. 489 f.
Protestation.
Rechtliche Folgen einer P. in Bezug auf eine cedirte hypothekarische Darlehnsforderung, rücksichtlich deren der Schuldner den Cessionar als seinen Gläubiger anerkannt hat. S. 365 f.

R.

Rathgeber.
Kann der R. Vortheile einklagen, die ihm von der Gegenpartei des Berathenen zugesichert sind? S. 253 f.
Redlicher Besitz als Erforderniß der Ersitzung. S. 103 f.
Regreßverbindlichkeit der Beamten. S. 162 f.
Rechtsbesitz als Voraussetzung der Ersitzung von Grundgerechtigkeiten. S. 27 f.
Gehört dazu auch scientia et patientia des Gegners? S. 47 f.
Bestimmungen neuerer Gesetzbücher über den R. S. 52 f.
Fehlerfreiheit des R. S. 168 f.
Rechtsgrund bei Ersitzung v. Grundgerechtigkeiten. S. 178.
Rechtskraft.
Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache. S. 543 f.
Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache in Folge der Zurückweisung einer auf Alimentation eines unehelichen Kindes gerichteten Klage. S. 254 f.
Religionsfreiheit. S. 529 f.
Renten.
Eintragung der in Ablösungsrezessen übernommenen Renten für abgelöste nicht eingetragene Prästationen. S. 329 f.
Resubhastation. S. 4 f.

S.

Schadensersatz.
Einfluß der Entscheidung des Strafrichters auf den Entschädigungsanspruch des Verletzten. S. 233 f.
Schwängerung, außereheliche.
Exceptio plurium zur Widerlegung der Behauptung der Alimentenklägerin, daß auch ein schon früher unehelich von ihr geborenes Kind vom Verklagten erzeugt sei. S. 384 f.
Regelung der Beweislast, wenn eine aus dem Ehegelöbniß klagende Braut von dem Verklagten, unter Hinweisung auf ihre Schwangerschaft, der Untreue beschuldigt wird, die Klägerin aber den Verklagten für ihren Schwängerer erklärt. S. 387 f.
Spezialprozeß über eine bei der Kaufgelderbelegung gebildete Streitmasse. S. 371 f.
Standesherren.
Gerichtsstand der St., deren vormals reichsunmittelbare Besitzungen nicht mit dem Preuß. Staate vereinigt sind. S. 342 f.
Stellvertretung bei der Tradition. S. 448 f.
Strafurtheil.
Dessen Einfluß auf den Civilprozeß. S. 65 f., S. 233 f.
Streitverkündigung.
Zulässigkeit der weiteren St. Seitens des Denunciaten. S. 221 f.
Subhastation.
Bedeutung und Form des Zuschlags darin. S. 1 f.
Unstatthaftigkeit des Antrages auf nothwendige S. eines nach der Behauptung des Provokanten zum Theil auf dem anstoßenden Grundstücke des Provokaten errichteten, im Besitze des Letzteren befindlichen Gebäudes. S. 399 f.
S. des ideellen Antheils eines Grundstücks. S. 503 f.
Concurrenz der Anträge auf S. behufs Auseinandersetzung u. auf S. im Wege der Execution. S. 508 f.
Subhastations-Verfahren.
Zeitpunkt des Anfanges. S. 19.
Stellung des Gläubigers darin. S. 6 f.
Stellung des Schuldners als Erstehers. S. 8 f.
Entscheidung materieller Fragen darin. S. 22.
Collision der Rechte mehrerer Subhast.-Extrahenten im Falle des Miteigen-

Digitized by Google

thums Mehrerer an der zu subhastirenden Sache. S. 502 f.
Subhastations-Vermerk. S. 3, 16.
Substitution
gemeine—fideicommissarische. S. 306 f.

T.

Testament.
Beweis des Irrthums gegen ein gerichtliches T. S. 55 f.
Gemeinschaftliches Testament von Eheleuten.
Treten durch die erfolgreiche Anfechtung eines solchen Seitens der Pflichttheilserben die §§ 492, 493 Tit. 1 Th. I. A. L. R. außer Wirksamkeit? S. 256 f. S. 378 f.
Theilcession.
Anfechtungsklage des Hypothekenschuldners wegen Eintragung einer im Wege der Execution erfolgten Th. S. 361 f.
Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums. S. 420 f.
titulus (justus) bei Ersitzung v. Grundgerechtigkeiten. S. 178 f.
Tradition.
Begriff u. Wesen. S. 402 f.
Tr. eines ideellen Theils. S. 417 f.
Eigenmächtige Besitznahme Seitens dessen, der ein Recht auf T. hat. S. 418 f.
Bestimmungen neuerer Gesetzbücher über die T. beweglicher Sachen. S. 419.
causa traditionis. S. 420 f.
Mängel der causa. S. 425 f.
Einfluß des Zwangs. S. 425 f.
Einfluß des Irrthums. S. 428 f.
Einfluß des Betrugs. S. 438 f.
Einfluß der Ungültigkeit des Titels. S. 443 f.
T. d. Stellvertreter vermittelt. S. 448 f.
Gesetz u. Erkenntniß als causa der T. S. 471 f.
Voraussetzung des Eigenthumserwerbes dessen, an den die T. geschieht. S. 472 f.

U.

Uebergabe s. Tradition.
Unterbrechung der Ersitzung. S. 109 f.
Bei der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten. S. 195 f.
Unvordenklichkeit. S. 277.
usucapio pro herede. S. 129 f.

V.

Veräußerungsrecht des Hypothekengläubigers. S. 2 f.
Verbotsgesetz.
Unzulässigkeit der Verjährung dagegen. S. 281 f.
Verjährung,
ungewöhnliche durch Nichtgebrauch und Besitz. S. 262 f.
im Uebrigen s. Ersitzung.
Vindicationsklage.
Nachweis des Eigenthums durch das Hypothekenbuch. S. 578 f.
Vormund.
Nachträgliche Festsetzung des vom gewesenen V. in Anspruch genommenen Honorars nach Beendigung der Vormundschaft. S. 90 f.
Vormundschaftsbehörden.
Sorge der V. für die Erziehung der Mündel. S. 338 f.

W.

Wechselexecution.
Befugniß des Wechselschuldners den die W. in das Vermögen nachsuchenden Gläubiger auf das ihm bestellte Pfand zu verweisen. S. 226 f.
Wechselprozeß.
Wesen und Inhalt des Diffessionseides im W. S. 228 f.
Regreßklage des im W. in contumaciam Verurtheilten gegen seinen Sachwalter wegen versäumter Anzeige des Termins, worin vom Verklagten der Diffessionseid geleistet werden sollte. S. 87 f.

Z.

Zaun.
Geltendmachung der im § 164 I. 8 A. L. R. festgesetzten Verpflichtung gegen den Besitznachfolger dessen, der das Gebäude abgebrochen hat. S. 554 f.
Zufall.
Einfluß des zufälligen Unterganges der in Folge eines der Schriftform bedürfenden, nur mündlich abgeschlossenen Vertrages übergebenen Sache auf die in den §§ 156, 157 I. 5 A. L. R. festgesetzte alternative Verbindlichkeit des Empfängers. S. 357 f.
Zuschlag in Zwangsverkaufssachen.
Stellung des Richters bei Ertheilung desselben. S. 10 f.
Zwang.
Einfluß des Z. auf die Tradition. S. 425 f.

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 1.

Bedeutung und Form des Zuschlags in Zwangs-Verkaufs-Sachen.

Vom Kreisrichter Zenthöfer in Rybnik in Oberschlesien.

Die Subhastation ist ein, von der öffentlichen Autorität geleitetes, Verkaufs-Verfahren zu dem Zwecke, die Eigenthums-Rechte einer Person an einer unbeweglichen, oder einer, derselben rechtlich gleich stehenden, beweglichen Sache demjenigen zu übertragen, welcher dafür den besten Preis bietet. §§ 340 flg. Titel 11 Th. I. A. L. R.

Die Uebertragung des Eigenthums an dieser Sache, von dem bisherigen Inhaber auf den Bestbietenden, wird durch Ertheilung des Zuschlags vermittelt. Der Zuschlag ist der Höhepunkt, die Mitte, des ganzen Verfahrens. Alles, was diesem Acte vorangeht, enthält die Vorbereitung, und alles, was ihm folgt, die Ausführung, desselben. Der Zuschlag ist das Resultat der Vorbereitung und die Basis der Durchführung des Zwangverkaufs-Verfahrens.

Es ist daher zur Würdigung der rechtlichen Natur dieses Verfahrens von der höchsten Wichtigkeit, das Wesen des Zuschlags richtig zu erfassen. Die Vorbereitungs- und Ausführungs-Handlungen lassen Schlüsse, beziehungsweise Rückschlüsse, auf die Natur der Adjudication zu, und insofern ist es zweckmäßig, zunächst von diesen Handlungen, und dann erst von dem Zuschlage, beziehungsweise dessen Bedeutung und Form, zu sprechen.

I.

Wir richten also zuvörderst unser Augenmerk auf die dem Zuschlage vorausgehende Procedur.

Das Recht des Eigenthums schließt in sich das Recht des Besitzes, der Conservation, der Nutzung, der Veräußerung, der Vindication ꝛc. Der, von Koch, im § 234 seines preußischen Civilrechts, abgewiesene Vergleich der, im Eigenthum liegenden, Rechte mit einem Bündel Stäbe ist keineswegs unzutreffend. Es läßt sich jedes, im Eigenthum enthaltene, Recht, also auch das der Veräußerung, getrennt denken.

Der Eigenthümer kann den Verkauf einer jeden, ihm eigenthümlich zugehörigen, Sache, so weit ihm dieses nicht untersagt worden ist, selbst

Digitized by Google

bewerkstelligen, oder eine dritte Person damit beauftragen. § 106 Titel 13 Th. I A. L. R. Dieser Auftrag kann noch speziell die Bestimmung enthalten, daß das Kaufgeld in dem, bei einer vorzunehmenden Versteigerung gemachten, höchsten Gebote bestehen soll.

Bei der Versteigerung von Liegenschaften ist der Eigenthümer derselben in der Wahl der, zu bevollmächtigenden, Personen beschränkt. Ein solcher Auftrag kann nur einem Rechtsanwalt — § 29 und 30 des Tarifs zur Gebühren-Taxe vom 12. Mai 1851 —, oder einem Notar — § 9 der Gebühren-Taxe vom 11. Mai 1851 — oder einem eigends hiezu concessionirten Auctionator — Rescripte vom 20. Juli 1795 und 9. Januar 1832, Ergänzungen der A. G. O. 3. Ausgabe Band 8 Seite 342/3 und vom 30. April 1845 Band 7 Seite 705/6 — ertheilt werden. Im Gebiete des gemeinen Rechts sind die Gerichte zur Annahme derartiger Aufträge ermächtigt; und im Bezirke des Justizsenats zu Ehrenbreitstein dazu die Schöffengerichte bestimmt. § 9 der Instruction vom 8. Juni 1852, Justizministerialblatt S. 236. Ebenso war es früher in Frankreich Sitte, Grundstücke freiwillig auf Meistgebot vom Gerichte verkaufen zu lassen, bis dieses endlich a. 746 Code de procédure untersagt hat.

Das Recht der Versteigerung eines Immobile räumt der Eigenthümer stillschweigend seinem Gläubiger ein, sobald er demselben ein solches, zur Sicherung einer Forderung desselben an ihn, in Pfand gibt; doch gilt dabei immer die stillschweigende Bedingung, daß er (der Schuldner) nicht sollte seiner Verbindlichkeit nachkommen. §§ 25, 197, 490 Titel 20 Theil I A. L. R. ... ab initio contractus (debitor) pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. § 1 J. quibus alienare licet 2, 8; l. 4 D. de distr. pign. 20, 5. Doch wird unter der Herrschaft des preußischen Rechts ein Subhastations-Antrag, nach dem Eintritt des Verfall-Termins, nur ausnahmsweise zugelassen, indem der Gläubiger in der Regel erst dann den Verkauf des, ihm verpfändeten, Immobile verlangen darf, wenn er ein vollzugsfähiges Erkenntniß, oder eine, demselben gleichstehende, richterliche Verfügung, aufzuweisen vermag. §§ 2, 4, Titel 24, §§ 27. 28, Titel 23, § 22 Titel 24 Th. I A. G. O., § 2 Koch's preußischer Civilprozeß.

Auch hat der Gläubiger das Recht, ohne vorherige Pfandbestellung, auf Grund eines solchen Executions-Titels, die Subhastation der Liegenschaft seines Schuldners nachzusuchen, § 141 Titel 24 Theil I A. G. O., weil ein derartiger Act ein Pfandrecht auf die, dem Schuldner zugehörigen, Liegenschaften gewährt. § 22 Verordnung vom 4. März 1834. Res ob causam judicati pignoris jure teneri ac dis-

Digitized by Google

trahi potest. l. 1 C. si in causa jud. 8, 23; l. 2, l. 3 C. de exc. rei jud. 7, 53. Die Autorität der Justiz tritt, auf Antrag des Gläubigers, dazwischen, und handelt, was die Einräumung des Pfandrechts betrifft, im Namen des widersprechenden Schuldners. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. l. 1 C. si in causa jud. 8, 23.

Uebrigens kann das jus alienandi von der Gesammtheit der Eigenthumsrechte auch in der Art isolirt werden, daß dem Eigenthümer, auf Antrag des dazu Berechtigten, Seitens der öffentlichen Autorität, mittelst Arrestschlages, der Verkauf der Liegenschaft untersagt wird.

Das Recht der Veräusserung der Immobilien des Schuldners darf, nach römischem Rechte, der Vertragsgläubiger in der Regel selbst, dagegen der Judicatgläubiger stets nur durch Vermittelung des, darum anzugehenden, Richters, ausüben. l. 2 C. si in causa jud. 8, 23, l. 2, l. 3, C. de exc. rei jud. 7, 53. Nach preußischem Rechte wird in dieser Beziehung der Vertrags- wie der Judicat-Pfand-Gläubiger, behandelt. Beide haben in der Regel den Executionsrichter, um den Verkauf des Besitzthums ihres Schuldners, anzugehen.

Der Uebergang des Verkaufsrechts des Schuldners auf den Gläubiger muß, wenn die richterliche Autorität anzurufen ist, durch eine entsprechende Handlung derselben erfolgen. Man nennt diesen Act die Immobiliar-Beschlagnahme a. 673 flg. Code de proc.; a. 9. der rheinischen Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822. Das preußische Recht hat dafür als Auskunftsmittel den, in das Hypothekenbuch der fraglichen Immobilien einzutragenden, Vermerk, daß dieselben zur Subhastation gestellt worden, und Verfügungen des Besitzers den, bisher eingetragenen, Gläubigern unnachtheilig seien. § 3 Verordnung vom 4. März 1834. Dieser Vermerk ergiebt sich, namentlich auch schon deshalb, als ungenügend, weil er factisch unmöglich ist, wenn über das, zu veräußernde, Immobile ein Hypothekenbuch nicht geführt worden, oder das letztere noch nicht regulirt sein sollte.

Sobald das Verkaufsrecht dem Gläubiger eingeräumt, ist dasselbe dem Schuldner insoweit entzogen worden, als es dem ersteren nachtheilig sein könnte.

Die Abtrennung des Verkaufsrechts von dem Inbegriffe der Rechte des Eigenthums ergreift die Totalität des letzteren. Dasselbe wird widerruflich, oder, was dasselbe heißt, bedingt unwiderruflich. Die Immobiliar-Beschlagnahme stellt sich als eine, die Widerruflichkeit des Eigenthums constituirende, Thatsache dar. Diese Beschränkung des Eigenthums läßt sich dadurch beheben, daß die Beschlagnahme ungeschehen

Digitized by Google

gemacht wird. Das Eigenthum einer, zur Subhastation gestellten, Liegenschaft ist sonach unter der Bedingung unwiderruflich geworden, daß die Beschlagnahme aufhört. Wird die Beschlagnahme aufgehoben, so ist die Bedingung eingetreten, und das Eigenthum am fraglichen Immobile, wieder, wie es früher gewesen, unwiderruflich geworden.

II.

Sobald das Meistgebot ermittelt worden, erfolgt die Erklärung über dessen Annahme. Wird dem Meistbietenden eröffnet, daß sein Gebot angenommen worden, so sagt man, demselben werde der Zuschlag ertheilt. Durch Ertheilung des Zuschlags ist das Versteigerungsgeschäft dergestalt abgeschlossen, daß Nachgebote nicht mehr berücksichtigt werden. l. 1 C. de vend. reb. 11, 31. Es kommt nun darauf an, die Folgen des Zuschlags eintreten zu lassen.

Durch den Zuschlag gehen die Rechte des Schuldners an der versteigerten Sache auf den Ansteigerer über. l. 46 D. de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 12 l. 18 C. de distr. pign. 8, 28; § 342 Titel 11 Theil I A. L. R.; § 61, Titel 52 Th. I A. G. O. Daher ist verpflichtet der Schuldner, den Besitz des Grundstücks, in so fern er aus demselben noch nicht gesetzt sein sollte, zu räumen — § 61 Titel 52 Theil I A. G. O.; § 34 Gesetzes vom 1. August 1822 — und der Ansteigerer, das Steiggeld zu erlegen — § 16 Gesetzes vom 4. März 1834; § 36 Gesetzes vom 1. August 1822. Im Falle der Nichterfüllung ist gegen beide Theile Execution zulässig. Der bisherige Eigenthümer wird aus der versteigerten Stelle exmittirt. §§ 58 flg. Titel 24 Theil I A. G. O. Wegen des, nicht erlegten, Steiggeldes kann Resubhastation eintreten. § 62 Tit. 52 Theil I A. G. O.; § 20 Gesetzes vom 4. März 1834; §§ 26, 37 Gesetzes vom 1. August 1822.

Die Resubhastation des versteigerten Immobile darf von jedem Gläubiger, also nicht blos von dem Extrahenten der Subhastation, beantragt werden. Mit dem Augenblicke der Erfüllung der, vom Ansteigerer übernommenen, Bedingungen fällt sie selbstverständlich weg. Die Resubhastation lehnt sich an das frühere Verfahren an. Sie ist ohne voraufgegangene Subhastation nicht denkbar, aber etwas einfacher, als die Subhastation. Nach der rheinischen Subhastations-Ordnung bedarf es zur Einleitung der Resubhastation nicht mehr der Wiederholung der saisie immobilière; der neue Bietungs-Termin wird mit halber Frist vorbezielt. Die preußische Subhastations-Ordnung bestimmt, daß es einer nochmaligen Abschätzung des versteigerten Immobile nicht bedarf.

Digitized by Google

Die Bedingung, in Folge dessen das Eigenthum des Schuldners an der versteigerten Liegenschaft widerruflich geworden, wirkt bis zu ihrem Ausgange. Die Ertheilung des Zuschlags ist nicht ein aequipollens für den Ausgang der Bedingung. Die etwaige, im Interesse eines Creditsystems eingeleitete, Sequestration des Grundstücks wird, von dem Zuschlage desselben an den Meistbietenden, nicht berührt. Daß preußische Recht ordnet nicht an, daß der Subhastations-Vermerk im Hypothekenbuche, in Folge Eröffnung des Zuschlagsbescheides, gelöscht werde. Auch das römische Recht stimmt hiermit überein, in so fern l. 15 § 5 D. de re jud. 42, 1 disponirt: Nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum. Der Resubhastation steht die Person des Besitzers des betreffenden Grundstücks durchaus nicht im Wege, vielmehr wird selbige sogar dann eingeleitet, wenn zwischenzeitlich der Ansteigerer das erstandene Grundstück anderweit veräußert haben sollte.

Die Resubhastation ist die Fortsetzung der, gegen den Subhastaten, durch die Beschlagnahme in dessen Grundstück, verhängten, Execution. Dieser Ansicht scheint auch der Justiz-Minister und das Ober-Tribunal zu huldigen. Ersterer sagt nämlich in dem Rescript vom 9. October 1837 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 50 S. 539 flg.), daß die Resubhastation in der Natur des Geschäfts begründet, und eine Maaßregel ist, welcher sich der Adjudicatar ohne Erkenntniß unterwerfen muß. Das Senats-Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 3. December 1847 (Entscheidungen B. 17 S. 490) hebt hervor, daß der Antrag auf Resubhastation ein naturale des Verhältnisses ist, welches durch die Adjudicatoria, zwischen den Subhastations-Interessenten und dem Adjudicatar, begründet worden.

Mit dem Rechte des Subhastaten an dem, zur Versteigerung ausgesetzten, Grundstück gehen auch die, demselben aufgelegten, Lasten und die, damit verbundenen, Gefahren auf den Ansteigerer über. § 342 Titel 11 Theil I A. L. R., § 61 Titel 52 Theil I A. G. O. Die, aus der Beschlagnahme des Immobile sich ergebende, Beschränkung des Eigenthumsrechts ist eine, diesem Immobile ebenfalls aufgelegte, Last, und daher von demselben, bei dem Uebergange auf den Ansteigerer, nicht zu trennen. Das Sprichwort sagt: res transit cum onere suo, oder: ein Schelm gibt mehr, als er hat. Das Eigenthum an der versteigerten Sache war in der Hand des Subhastaten widerruflich geworden; als solches konnte es auch nur auf den Bestbietenden übergehen.

Doch wird dasselbe, wenn nicht in der Person des Schuldners, so doch in der des Ansteigerers, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolgers,

Digitized by Google

unwiderruflich, sobald die Verfügungs-Beschränkung aufgehoben worden. Die Beseitigung dieser Beschränkung erfolgt entweder ausdrücklich, durch Aufhebung der Beschlagnahme, oder stillschweigend in der Art, daß der Ansteigerer, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger, die Versteigerungsbedingungen vollständig erfüllt, oder die dazu berechtigten Gläubiger die, etwa gesetzlich bestimmte, Frist zum Antrage auf Resubhastation ungenützt verstreichen lassen.

Die Immobiliar-Beschlagnahme bahnt den Abschluß eines Kaufvertrages an; und die Realisation des Zuschlages ist die eines gewöhnlichen Kaufvertrages; es bildet daher der Zuschlag, in Verbindung mit dem Meistgebot, einen Kaufvertrag um das versteigerte Grundstück.

III.

Jede Handlung hat, wie eine gegenständliche und pragmatische, so auch eine persönliche Seite.

Es ist nun von Interesse, die Stellung der einzelnen im Subhastations-Verfahren auftretenden Personen richtig zu würdigen.

Der betreibende Gläubiger ist procurator in rem suam; wie gemeinrechtlich der Cessionar. Derselbe handelt an Stelle und im Namen des bisherigen Eigenthümers der, in Beschlag genommenen, Sache, nimmt aber, neben seinem, dessen Interesse, jedoch nur in so weit wahr, als es mit dem seinigen zusammenfällt. Beider Interesse collidirt, wenn der betreibende Gläubiger, oder der Schuldner, die, zur Versteigerung ausgesetzte, Sache selbst ersteht.

Dieselbe Sache kann mehreren Gläubigern zum Pfande dienen. Jeder Gläubiger hat das Recht, das gemeinschaftliche Pfandstück zur Veräußerung zu bringen. Dagegen ist jeder andere Gläubiger verpflichtet, der Veräußerung des Pfandstücks nicht hinderlich zu sein. Um sich, bei der Veräußerung der verhafteten Liegenschaft, schützen zu können, darf er sich, bei dem Verfahren, in der Art betheiligen, daß er den wichtigsten Acten desselben beiwohnt, und gegen den Zuschlag Widerspruch einlegt. Der letztere wird entweder zugelassen, oder zurückgewiesen. Der Widerspruch qualificirt sich, dem Schuldner und dem Extrahenten einer- und dem Bestbietenden anderer-seits gegenüber, als eine Art Principal-Intervention, doch können wir uns der weiteren Ausführung dieser Behauptung hier enthalten. Insofern ein Gläubiger den Verkauf eines, ihm verhafteten, Immobile beantragt, nachdem ein anderer dieses schon gethan, wird er Adhaerent genannt. Neben dem Extrahenten können mehrere Adhaerenten, welche sich, diesem und dem Schuldner gegenüber, gewissermaßen als accessorische Intervenienten qualificiren,

Digitized by Google

vorkommen. Beim Wegfalle des Extrahenten tritt der Adhaerent an dessen Stelle.

Verliert der Hypothekengläubiger, ohne Befriedigung, sein Pfandrecht, so ist anzunehmen, daß ihm dasselbe durch Zufall zu Grunde gegangen sei; l. 8 pr. quib. mod. 20, 6; § 16 J. de legat. II, 20; und in so fern er vom Ansteigerer Kaufgeld erhält, muß er als solutionis causa adjectus gelten. l. 23 D. de fidej. 46, 1, l. 95 § 5 D. de solut. 46, 3. Seine Rolle ist immer nur accessorischer Natur.

Der Vorkaufsberechtigte hat die Befugniß, unter den, vom Meistbietenden offerirten, Bedingungen, in den Kauf einzutreten, lehnt sich also an diese Person an. Da der Vorkaufsberechtigte, ebenso wie der Ansteigerer, nicht nur dem bisherigen Eigenthümer, sondern auch den Hypotheken-Gläubigern, gegenüber steht, und letztere auf sofortige Befriedigung zu bringen, berechtigt sind, so hat er sofort im Bietungs-Termine sein Recht auszuüben. § 615 Titel 20 Theil I A.-L. R., § 9 der Verordnung vom 4. März 1834.

Es werden zu dem Zwangsverkaufs-Verfahren zugezogen der Eigenthümer, der Extrahent mit den Adhaerenten, die Realgläubiger, die Vorkaufsberechtigten; und bilden der Eigenthümer, der Extrahent, die Adhaerenten, die Pfandgläubiger, die verkaufende, und der Meistbietende und der Vorkaufsberechtigte die kaufende, Seite. Hartmann meint in seinem Subhastationsrechte Seite 4 und 91, die Gläubiger, welche aus dem Grundstücke ihre Befriedigung suchen, seien die Verkäufer, indessen geräth er mit sich selbst in Widerspruch, wenn er andererseits behauptet, die Gläubiger stellten aus dem, vom Eigenthümer hergeleiteten, Rechte das Grundstück zum Verkaufe, indem darnach selbige doch wiederum den Willen des Eigenthümers repräsentiren würden.

Wer Eigenthums-Ansprüche auf das fragliche Grundstück erhebt, richtet seine Interventionsklage gegen den Eigenthümer und den Extrahenten und Adhaerenten, event. gegen den ersteren und den Meistbietenden. §§ 76, 77 Titel 24 Theil I A. G. O.; l. 15 § 4 und 5 D. de re jud. 42, 1. Für den Fall des Obsiegens des Intervenienten wird, nach Gestalt der Sache, dem Subhastationsverfahren das Object entzogen, oder das Kaufgeld als Streitgegenstand angesehen.

Realprätendenten sind Principalintervenienten, und haben, wie diese im Subhastationsverfahren gar nichts zu thun. Da es aber für die Betheiligten und die Kauflustigen von Interesse ist, Kenntniß von zu erhebenden Realansprüchen zu erlangen, so werden die Realprätendenten, welche aus dem Hypothekenbuche ersichtlich sind, wie andere bekannte Gläubiger, eventuell durch öffentlichen Aufruf, zum Bietungs-Termin vorgeladen.

Digitized by Google

Ist das Hypotheken-Buch von dem, zur Subhastation gestellten, Grundstück noch nicht regulirt, so ergeht im Subhastations-Patent zugleich eine Aufforderung an die unbekannten Realprätendenten, sich mit ihren vermeintlichen Ansprüchen bis zum Bietungs-Termine, bei Meidung der Präclusion zu melden, § 7 Verordnung vom 4. März 1834. Insofern wird mit dem Subhastations- zugleich ein Aufgebots-Verfahren verbunden.

Die öffentliche, über allen Partheien stehende, Autorität leitet das Verfahren.

Aus der Stellung der, im Subhastations-Verfahren irgendwie betheiligten, Personen ergeben sich auch deren Rechte und Verbindlichkeiten; doch bedarf es ein näheres Eingehen auf die letzteren, außer dem, was wir bereits angeführt haben, an diesem Orte nicht.

IV.

Die Stellung des Schuldners, des Extrahenten und der Realgläubiger, wird alterirt, sobald eine dieser Personen, was nicht untersagt ist, als Bieter auftritt, beziehungsweise das, zur Subhastation ausgesetzte, Grundstück ansteigert.

Mit Rücksicht auf die Rechtsregel: suae rei emtio non valet, l. 16 D. de contr. emt. 18, 1, an welcher die Römer fest gehalten haben, hat man zu allerhand Auskunftsmitteln gegriffen, um die Zulassung des Eigenthümers als Käufer zu rechtfertigen. Doch will uns keins derselben genügen.

Die Erstehung des Grundstücks durch den Schuldner ist nicht, wie man behauptet hat, eine Einlösung des Pfandstücks. Letztere, im § 200 Titel 20 Theil I A. L. R. vorgesehen, kann nur so lange statt finden, als der Zuschlag noch nicht erfolgt ist.

Nach Anderen soll der Eigenthümer die Pfandrechte kaufen; er tritt aber nicht als Cessionar dieser Rechte auf, sondern das Grundstück wird ihm zum Eigenthum überlassen.

Auch hat man die Behauptung aufgestellt, daß der Kauf durch den Schuldner nur dann zulässig sei, wenn das Eigenthum bei einer dritten Person ist. Es handelt sich aber nicht um diesen, doch nur sehr selten vorkommenden, Fall, sondern um den Verkauf beziehungsweise Kauf derjenigen Rechte, welche der Inhaber an der, zur Versteigerung ausgesetzten, Sache hat. Das etwaige Eigenthumsrecht des Dritten kommt dabei gar nicht in Frage.

Digitized by Google

Wir glauben für den Fall, daß der Eigenthümer die Sache ersteht, annehmen zu müssen, derselbe habe seine Eigenthumsrechte an dem, zur Versteigerung ausgesetzten, Grundstück seinen Gläubigern überlassen, und von letzteren wiederum erworben. Denn in dem Umstande, daß der Eigenthümer als Bieter auf seine eigene Sache auftritt, finden wir die stillschweigende Erklärung desselben, sich, zu Gunsten der Gläubiger, des Eigenthums an dieser Sache entschlagen zu wollen.

Analogie für eine derartige Uebertragung findet sich

a) in der römischen noxae deditio, l. 1 pr. § 14 D. si quadrupes paup. fec. dic. 9, 1;

b) in dem beneficium abdicationis des deutschen Rechts, Eichhorn § 308. Kraut § 213;

c) in dem Abandonnement, welches vornimmt, der Beschädiger zu Gunsten des Beschädigten, § 91 Titel 6 Theil I A. L. R.,

der Niederleger zu Gunsten des Verwahrers, § 86 Titel 14 Theil I A. L. R.,

der Bodmereinehmer zu Gunsten des Bodmereigebers, §§ 2427—2431 Titel 8 Theil II A. L. R.,

der Versicherte zu Gunsten des Versicherers, § 2309 Titel 8 Th. II A. L. R., §§ 865 flg. deutschen Handelsgesetzbuchs,

der Rheder zu Gunsten der, durch seine Leute, Beschädigten, §§ 1529 und 1530 Titel 8 Theil II A. L. R.,

der Fuhrherr zu Gunsten der, durch seine Leute beschädigten, Fahrgäste, § 2454 a. a. O.

Diese Art von Eigenthum-Ueberlassung muß zwar ausdrücklich geschehen, doch ist die Form der Willenserklärung Nebensache, vielmehr lediglich deren Inhalt entscheidend.

Da der Schuldner, seit der Beschlagnahme, an seiner betreffenden Liegenschaft, nur noch revocables Eigenthum hat, so kann er auch nur solches seinen Gläubigern überlassen, und von denselben zurückerwerben. Doch erfolgt auch der Act der Ueberlassung dieses beschränkten Eigenthums an die Gläubiger nur unter der stillschweigenden Bedingung, daß selbige rückgängig wird, falls der Eigenthümer das Grundstück nicht aufsteigern sollte. Ersteht nun der Schuldner das Grundstück, so gelten die Gläubiger als Verkäufer, weil Eigenthümer, dieses Grundstücks. Nimmt dagegen der Schuldner vom Weiterbieten Abstand, so fällt das Eigenthum der Gläubiger an dem, zur Versteigerung ausgestellten, Grundstück wieder dem ersteren zu. Eine weitere Ausführung dieses zwiefachen Eigenthumsüberganges müssen wir uns hier versagen.

Digitized by Google

Wird dem Extrahenten das, zur Subhastation stehende, Grundstück für dessen Gebot zugeschlagen, so ist zwischen diesem und dem Schuldner, als bisherigem Eigenthümer, eine datio in solutum zu Stande gekommen. Das römische Recht nahm solche bei der impetratio dominii an. Si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, videtur finita esse pignoris obligatio; immo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit. l. 24 pr. D. de pignorat. act. 13, 7. Diesem Rechtsinstitute entspricht aber die Erwerbung des subhastirten Grundstücks Seitens des Extrahenten. Das französische Recht behandelt den Ankauf des Grundstücks durch den Antragnehmer ebenfalls als Hingabe an Zahlungsstatt. S. 278 franz. Pract. von Eigner Band 4.

Die datio in solutum wird nach den Regeln eines Kaufgeschäfts beurtheilt. Hujusmodi contractus, sagt das römische Recht, vicem venditionis obtinet. l. 4 C. de evict. 8, 45. §§ 242, 243 Titel 16 Th. I A. L. R.

Auch der in solutum accipiens kann das Recht des in solutum dans nur in dem Umfange überkommen, in welchem dasselbe von letzterem besessen worden. Selbstverständlich schlägt aber dieses in irrevocables Eigenthum um, wenn der Extrahent das ganze Kaufgeld, auf seine Forderung, behalten darf, sonst aber erst nach vollständiger Erfüllung der Kaufbedingungen.

Steigert ein Gläubiger das fragliche Grundstück an, so scheidet derselbe aus der Zahl der Personen, auf der verkaufenden Seite, aus, und compensirt seine Forderung mit dem, zu erlegenden, Kaufgelde.

V.

Die Ertheilung des Zuschlags spricht die öffentliche Autorität aus. Die Stellung derselben hierbei läßt sich verschieden auffassen. Die öffentliche Autorität kann nämlich als Organ der verkaufenden Seite, oder Kraft eigenen Rechts, den Zuschlag dem Bestbietenden ertheilen. Hiernach ergiebt sich ein zwiefaches System für die Bedeutung des Zuschlages, welcher auch dessen Form folgt.

Das gemeine und das französische Recht läßt die öffentliche Autorität im Namen der verkaufenden Seite handeln. Dieses ist das eine System.

Der Zuschlag, oder, was dasselbe heißt, die Acceptation des Meistgebots, hängt lediglich von dem Gesammtwillen der Personen, auf der verkaufenden Seite, ab. Es haben sich die principalen und accessorischen Theilnehmer auf dieser Seite über die, im Meistgebot liegende Offerte

Digitized by Google

zu äußern, damit, nach den einzelnen Erklärungen, der Gesammtwille dieser Personen constatirt werden könne. Der Wille kann ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden; eine stillschweigende Willensäußerung hat statt, wenn die Person, welche ihren Willen zu erklären hat, der, dieserhalb an sie ergangenen, Aufforderung keine Folge leistet, also in dem vorbezielten Termin ausbleibt, oder auf die, an sie gerichteten, Fragen nicht antwortet, oder zu Handlungen, bei welchen sie interessirt und gegenwärtig ist, schweigt. Das Sprichwort sagt: qui tacet, quum loqui potuit ac debuit, consentire videtur; Patientiae consensus inest.

Die Theilnehmer, welche mit der Ertheilung des Zuschlags an einen bestimmten Bieter nicht einverstanden sind, haben nur einen Protest dagegen. Nach preußischem Rechte ist dem Protest statt zu geben, wenn sich alle anwesenden Theilnehmer, auf der verkaufenden Seite, gegen den Zuschlag aussprechen, oder wenn einer unter ihnen seinem Protest, durch eine Caution von $^1/_{10}$ des Meistgebots, und durch Antrag auf Vorbezielung eines anderweiten Steigtermins, Nachdruck giebt. §§ 47 Nr. 1, § 51 Nr. 1 Titel 52 Theil I A. G. O.; §§ 12, 13 Verordnung vom 4. März 1834. Nach der rheinischen Subhastations-Ordnung wird, wie über die Begründetheit der, dem Proteste zum Grunde liegenden, Thatsachen, so auch über die Erheblichkeit des Protestes, im Wege des Prozesses, entschieden.

Der Zuschlag ist, nach diesem System, weiter nichts, als die, von der öffentlichen Autorität bewirkte, Proclamation, daß das Gebot des Meistbietenden, von den Theilnehmern der verkaufenden Seite, acceptirt worden. Die öffentliche Autorität wird dabei von diesen Personen getragen. Ihre Stelle könnte auch eine jede beliebige, von den Betheiligten gewählte, Person, unter Leitung des öffentlichen Organs, übernehmen.

Das sorgfältig zu führende Steigprotokoll vertritt die Stelle des Kaufvertrages; es muß daher alle Bedingungen eines solchen, hauptsächlich aber den Vermerk wegen Ertheilung des Zuschlags, enthalten.

Der § 25 der rheinischen Subhastations-Ordnung gestattet dem Bestbietenden innerhalb drei Tagen nach dem Steigtermin, resp. Empfange des Zuschlags, den eigentlichen Käufer zu benennen, wenn derselbe nicht für sich geboten haben sollte. Die nachträgliche Neunung des Käufers findet auch, in den §§ 15 flg. Titel 11 Theil I, und § 1330 Titel 8 Theil II A. L. R., einen Anklang. Der Bestbietende hat sich entweder auf eine Vollmacht des, namhaft gemachten, Käufers zu berufen, oder dessen ausdrückliche Erklärung, daß er das fragliche

Digitized by Google

Meistgebot als das seinige genehmige, beizubringen, in welchem letzteren Falle eine negotiorum gestio anzunehmen ist. Einer besonderen Acceptation dieses Käufers, von Seiten der verkaufenden Seite, bedarf es nicht, da sowohl der Bestbietende, als auch der eigentliche Käufer, für die Erfüllung der Kaufbedingungen solidarisch haften. Die Nennung des Käufers erfolgt zu besonderem Nachtrags-Protokoll. Ausfertigung des Steigprotokolls, event. auch des Nachtrags dazu, mit den Ausweisen über die Erfüllung der Kaufsbedingungen, bilden die Erwerbsurkunde. § 36 rheinischen Subhast.-Ord.

Das preußische Recht hat für die freiwillige Subhastation, wie sich solche nach der Verordnung vom 6. April 1839, und der Instruction dazu vom 20. Mai 1839 gestaltet, in so fern ähnliche Bestimmungen, als das Steigprotokoll die Stelle des Kaufacts vertritt, und Ausfertigung desselben dem Bestbietenden ertheilt wird. Der Richter, welcher die freiwillige Subhastation leitet, hat, bei der Herstellung des Kaufacts, die Functionen des Notars; und theilt daher auch von Amtswegen dem Hypotheken-Richter den Kaufvertrag mit.

Das, oben abgehandelte, Zuschlags-System steht im Einklange mit den Vorschriften über die Materie vom Kaufgeschäft. Die Vermittelung der öffentlichen Autorität ist weiter nichts, als eine bloße Leitung, beziehungsweise Legalisirung des, zu Stande gekommenen, Kaufgeschäfts. Dadurch kann natürlich an dem Wesen desselben nichts geändert werden.

VI.

Das zweite Zuschlags-System geht dahin, daß die öffentliche Autorität, unabhängig von dem Willen der, auf der verkaufenden Seite stehenden, Personen, das Meistgebot acceptirt, beziehungsweise den Zuschlag ertheilt. Dasselbe findet im preußischen Rechte, bei der nothwendigen Subhastation, seine Anwendung. Da der Richter selbständig verfährt, so ertheilt er auch in einem, für sich bestehenden, Acte dem Bieter den Zuschlag. Dieser Act wird Adjudicatoria, Adjudications-Bescheid, Zuschlagsbescheid, Zuschlagserkenntniß, Adjudications-Senteuz genannt, und unterliegt einer besonderen Eröffnung. Der Zuschlag gewinnt erst mit dem Augenblicke seiner Publication rechtliche Existenz.

Diesem consequent ist angeordnet, daß erst mit gedachtem Augenblicke Eigenthum, Nutzen, Gefahr und Lasten des versteigerten Grundstücks auf den Ansteigerer übergehen § 342, Titel 11 Theil I A. L. R., § 61 Titel 52 Theil I A. G. O.; wobei es sich indeß von selbst versteht, daß das so erworbene, Eigenthum, wegen der Möglichkeit der Resubhastation, vorläufig nur revocabel ist. Da bis zur Eröffnung

Digitized by Google

des Zuschlagsbescheides das Eigenthum an fraglicher Liegenschaft sich bei einer Person befinden muß, in der Person des Meistbietenden aber nicht gefunden werden kann, so bleibt nur noch die Annahme, als die allein mögliche übrig, daß dasselbe noch immer in der Person des Schuldners beziehlich bisherigen Inhabers anzutreffen ist.

Ergibt sich dieses, was wohl nicht mit Erfolg wird bestritten werden können, als richtig, so hat bis zur Eröffnung des Zuschlagsbescheides der Meistbietende nur eine Hoffnung auf Erlangung der Rechte, die der Subhastat bisher an der versteigerten Sache hatte. Dieser Consequenz sucht man aus unhaltbaren Gründen zu entgehen, was nur dadurch ermöglicht wird, daß man Grundsätze, über das Zustandekommen eines Meistgebots, mit Grundsätzen, über die Wirkung eines giltigen Meistgebots, vermischt.

Der § 38 Titel 52 Theil I A. G. O. deutet blos darauf hin, daß das Meistgebot als solches überhaupt nur dann angesehen werden könne, wenn die verkaufende Seite selbiges gelten lassen will. Das Meistgebot soll als solches erst gelten, wenn die Gläubiger nicht rechtzeitig und wirksam einen Antrag, auf Fortsetzung des Subhastations-Verfahrens, einbringen.

Nach der Bestimmung des § 404 Anhangs zur A. G. O., daß bis zum Zuschlage die Gläubiger Nachgebote machen, und darüber weiter bieten lassen dürften, sollte das Meistgebot als solches noch erst unter der ferneren Bedingung Giltigkeit erlangen, daß von Seiten der Gläubiger bis zur Eröffnung des Zuschlagserkenntnisses nicht ein Nachgebot gemacht, und eine neue Ausbietung herbeigeführt werden sollte. Doch diese Bestimmung ist durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 5. Mai 1832 wieder aufgehoben.

Was wir so eben beigebracht haben, betrifft nur die Feststellung des Meistgebots. Bei der Discussion der Frage, um Ertheilung des Zuschlags, muß aber bereits ein solches in medio liegen, und es kann sich nur noch darum handeln, ob dieses Meistgebot auch dem Richter werde zusagen und von ihm genehmigt werden.

Der Richter kann die Ertheilung des Zuschlags verweigern, wenn sich wesentliche Mängel des Verfahrens vorfinden sollten. Es muß daher immer angenommen werden, daß der Meistbietende, durch Abgabe seines Gebots, das Recht des Subhastaten an dem veräußerten Grundstücke nur unter der Bedingung erworben hat, daß der Richter ihm auch den Zuschlag ertheilen sollte. Während der Schwebe dieser Bedingung haben die Betheiligten, auf der verkaufenden Seite dem Bestbietenden und umgekehrt letzterer den ersteren gegenüber, die Sache in statu quo

Digitized by Google

zu lassen. § 104 Titel 4 Theil I A. L. R. Der Bestbietende darf also von seinem Gebote nicht zurücktreten; Nachgebote dürfen nicht angenommen werden.

Das Recht des Bestbietenden, auf Ertheilung des Zuschlags, hängt von der ferneren Bedingung ab, daß die Beschlagnahme der versteigerten Liegenschaft fortbestehen bleibt. Diese Bedingung haftet als eine Last der Liegenschaft an. Sie ist älteren Datums als das Meistgebot. Vor Abgabe des Meistgebots hatten es der Schuldner und der Extrahent in ihrer resp. Macht, die Beschlagnahme zu beseitigen. Hieran konnte durch einfaches Bieten auf die, von der Beschlagnahme betroffene, Sache keine Aenderung herbeigeführt werden. Nicht das Meistgebot, sondern erst der Zuschlag als modus acquirendi dominii, ergreift die rechtliche Seite der veräußerten Sache. Daher muß dem Subhastaten, auch nach der Abgabe eines Meistgebots, vergönnt sein, Zwecks Aufhebung der Beschlagnahme das, zur Veräußerung ausgesetzte, Pfand einzulösen, wie es auch dem Antragnehmer nicht verwehrt werden kann, den Antrag auf Beschlagnahme zurückzuziehen. Doch hören diese Befugnisse des Schuldners und des Extrahenten auf, sobald der Zuschlag eröffnet worden ist.

Der Schlußact, welcher, nach dem ersteren System, auf die Zeit der Vollziehung des, den Zuschlag aussprechenden, Protokolls fällt, geht, nach dem anderem System, in dem Augenblicke der Eröffnung des Zuschlagsbescheides vor sich. Ist die Aufhebung der Beschlagnahme des Grundstücks, nach dem ersteren System, bis zur Vollziehung des, die Ertheilung des Zuschlags constatirenden, Protokolls zulässig, so muß selbige, nach dem letzteren System, bis zur erfolgten Eröffnung des Zuschlagsbescheides verstattet sein.

Hiernach ist es klar, daß im Bietungs-Termine, mit dem Abschlusse des Steig-Protokolls, noch kein festes Resultat erzielt worden ist. Die, von dem Justizminister, in dem Berichte an des Königs Majestät vom 9. März 1838, Ergänzung zu § 41 Titel 52 Theil I A. G. O., entwickelte, gegentheilige Ansicht ist, nach der preußischen Subhastations-Gesetzgebung, ganz und gar unhaltbar. Sie entspricht dagegen den Grundsätzen des ersteren Systems. Dasselbe muß auch von den in den Präjudizien vom 28. Sept 1838 geäußerten, Ansichten des Ober-Tribunals gelten, von welchen sagt die sub 535: daß mit dem Ablauf des, ordnungsmäßig abgehaltenen, Bietungstermines, wenn auf diesen der Zuschlag erfolgt ist, der Kaufvertrag selbst für geschlossen zu achten, und die sub 532: daß der Adjudicatar ein beschränktes Recht auf die erstandene Sache, indeß nur in dem Zustande, in welchem sich dieselbe

Digitized by Google

bei Abgabe seines Gebots befunden hat, erlangt. Beide Beschlüsse des Ober-Tribunals lassen sich ebenfalls auf die verwerfliche Ansicht des Justizministers zurückführen.

Dagegen wird die Praxis vom richtigen Takte geleitet, wenn sie dem Bestbietenden gestattet, zur Uebertragung seines Rechts aus dem Meistgebot auf einen anderen, die Form der Cession anzuwenden. Sie müßte den Abschluß eines förmlichen Kaufvertrages fordern, wenn es richtig wäre, daß, das Meistgebot revocables Eigenthum an der versteigerten Sache, für den betreffenden Bieter, hervorzubringen vermöchte.

VII.

Wir sehen, daß die Abfassung einer besonderen Adjudicatoria dem Geiste der gesetzlichen Bestimmungen über das Kaufgeschäft keineswegs entsprechend ist. Schon dieses genügt vollständig, die Ertheilung eines besonderen Zuschlagsbescheides für überflüssig zu erklären. Er ist in der That ein Act, der vollständig entbehrlich ist, da das Steigprotokoll geeignet erscheint, den Uebergang des Eigenthums des bisherigen Inhabers, an dem versteigerten Grundstück, auf den Bestbietenden, zu vermitteln; nur muß es sich über die stattgehabte Ertheilung des Zuschlages aussprechen. Die Ertheilung einer, für sich bestehenden, Adjudicatoria hat auch noch andere erhebliche Bedenken.

Der Zuschlagsbescheid ist vorzugsweise dazu bestimmt, aus Mit- Allein-Eigenthum zu machen, und daher blos in den judiciis divisoriis seu duplicibus (familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum) am Orte. §§ 4—7. J. de offic. jud. 4, 17. Derselbe kann nur, im Wege des ordentlichen Prozesses, von dem Theilungsrichter ausgehen. Selbst in nothwendigen Subhastationen, zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miteigenthümer, ist der Zuschlagsbescheid um deshalb nicht zu rechtfertigen, weil nicht aus Mit- Allein-Eigenthum gemacht, sondern das ganze Object sämmtlicher Miteigenthümer gleichgiltig, ob an einen bisherigen Miteigenthümer, oder an einen Dritten, veräußert wird. Kauft ein Miteigenthümer das, bisher gemeinschaftlich besessene, Object, so muß angenommen werden, daß er sein Miteigenthum, auf die übrigen Miteigenthümer, in der Art übertragen hat, wie wir solche unter IV dargelegt haben.

Durch Ertheilung eines besonderen Zuschlags mischt sich die öffentliche Autorität in Rechtsangelegenheiten von Privatpersonen, ohne daß sie hierzu irgend eine Berechtigung aufzuzeigen vermag. Anstatt das Ergebniß der Erklärungen der Personen, auf der verkaufenden Seite, über die Annahme des Meistgebots, zu constatiren, und zu proclamiren,

Digitized by Google

setzt sie ihre eigene Erklärung, indem sie die Erklärungen der Betheiligten gerade so, wie die, dem ersteren System fremde, Taxe, blos als Information für sich benutzt. Ein solches Verhalten der Staatsgewalt ist immer ein mißliches Ding. Der Staat hat kein Interesse daran, ob das Eigenthum an dem, zur Subhastation gestellten, Grundstück dem bisherigen Inhaber desselben verbleibt, oder auf einen andern, und im letzteren Falle, ob auf diesen oder auf jenen, übergeht. Der Zuschlagsbescheid ist, nach preußischem Rechte, nichts mehr und nichts weniger als ein Machtspruch, welchen die Betheiligten als den Ausdruck ihres Willens ansehen sollen. Daß Machtsprüche nicht in das Gebiet des Rechts hinein gehören, brauchen wir hier wohl nicht noch besonders darzulegen.

Auf den Zuschlag und dessen Wirkung ist es ohne Einfluß, ob die Subhastation eine freiwillige, oder eine nothwendige, ist. Das Resultat in beiden Fällen ist immer dasselbe, Uebertragung des Eigenthums an dem versteigerten Grundstück von dem bisherigen Inhaber auf den Bestbietenden. Das Unterscheidende beider Arten der Subhastationen kann daher nur in den, dem Zuschlage voraufgehenden, Acten gefunden werden. Der wichtigste aller dieser Acte ist die Immobiliar-Beschlagnahme. Geht der Antrag, auf öffentliche Versteigerung einer Liegenschaft, von dem Eigenthümer resp. den Miteigenthümern aus, so bedarf es einer solchen Beschlagnahme nicht. Die Subhastation ist alsdann eine freiwillige. Der Verkauf, zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miteigenthümer, ist, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, ebenfalls eine freiwillige Subhastation. Der, für nothwendige Subhastationen angeordnete, hypothekarische Sperrvermerk hat bei Auseinandersetzungs-Subhastationen keinen Sinn. Geht dagegen der Subhastations-Antrag von einem Gläubiger des Eigenthümers aus, so wird die Obrigkeit veranlaßt, ihre Hand auf das Immobile zu legen. In diesem Falle ist die Subhastation eine nothwendige.

Früher hatte man, nach preußischem Rechte, beide Subhastations-Arten in Rücksicht des Acts, wodurch das Eigenthum an der versteigerten Stelle, auf den Bestbietenden, übertragen wurde, völlig gleich behandelt, denn man gab auch in freiwilligen Subhastationen einen besonderen Zuschlagsbescheid. Man blieb sich wenigstens consequent. Als man später zur Einsicht kam, daß es sich rechtlich nicht vertheidigen lasse, ohne Prozeß das fragliche Eigenthumsrecht dem bisherigen Inhaber ab- und dem Bestbietenden zuzusprechen, hätte man sich nicht gegen die Consequenz versündigen sollen. Hob man, was durch die Verordnung vom 6. April 1839 geschehen ist, den Zuschlagsbescheid für

Digitized by Google

freiwillige Subhastationen auf, so hätte man selbigen auch für die Fälle der nothwendigen Subhastation beseitigen sollen.

Da in Subhastationen ein besonderer Zuschlag sich als berechtigt nicht zu legitimiren vermag, so hat eine, kaum glaubliche, Begriffsverwirrung, über die rechtliche Bedeutung der Adjudicatoria, sowie einiger anderer Fragen, und damit des ganzen Verfahrens überhaupt statt. Es soll, und von diesen, entgegen stehenden, Ansichten wollen wir, bei unserem ferneren Vortrage ausgehen, der Zuschlagsbescheid bald prozeßrichterliches Erkenntniß, und das Subhastations-Verfahren bald Prozeß sein, bald nicht.

VIII.

Die altländische Subhastations-Ordnung folgt der ersteren Alternative.

Das Subhastations-Verfahren ist in dem ersten Theile der Allgemeinen Gerichts-Ordnung, unter Titel 52, abgehandelt. Das Organ des nothwendigen Subhastations-Verfahrens ist, nach § 7 des Geschäfts-Regulativs vom 18. Juli 1850, die erste Abtheilung des Kreisgerichts. Es wird der Zuschlag durch Erkenntniß ertheilt, sobald die Subhastation eine nothwendige ist. § 58 Theil 1 Titel 52 A. G. O. Gegen die Adjudicatoria ist ein Rechtsmittel, nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde, und bei Objecten von 50 Thlrn. und weniger, der Recurs, zulässig. § 7 der Verordnung vom 14. Decbr. 1833, Art. 1 und 2 Declaration vom 6. April 1839 und Nr. 21 und 22 der Instruction dazu vom 7. April 1839. Allein die Subhastations-Procedur hat mannigfache Eigenthümlichkeiten, so daß sie, auf das Prädicat Prozeß, wohl nicht wird Anspruch machen können.

Bei einem Prozesse bilden die Partheien, der Richter, die strittige Sache, und die Verfahrensart das constitutive Element.

Man weiß nun nicht, wer in nothwendigen Subhastationen die Partheien vorstellen soll, noch weniger weiß man, welche Parthei-Rolle die einzelnen Betheiligten zu übernehmen haben.

Wenn auch angeordnet ist, daß als Imploraten, Behufs der Beantwortung des Rechtsmittels, zuzuziehen, und dabei als Litisconsorten zu betrachten sind, alle diejenigen, welche, nach Lage der Sache, ein Interesse haben, daß der angefochtene Zuschlag, oder die angefochtenen Bedingungen desselben, aufrecht erhalten werden, so frägt es sich doch immer, und es kann streitig sein, wer ein Interesse zur Sache hat, um als Implorat zugezogen werden zu müssen. Diese Vorschrift betrifft

Digitized by Google

außerdem nur die Nichtigkeitsbeschwerde. Für die erste Instanz existirt eine ähnliche Bestimmung nicht.

Von einer strittigen Befugniß beziehungsweise Obliegenheit kann im Subhastations-Verfahren füglich gar nicht Rede sein. Erhebt sich über irgend einen Punct Streit, so erscheint es, wie nach der rheinischen Subhastations-Ordnung, geboten, den Weg Rechtens zu betreten. Das Streitverfahren fällt aber nicht in das Subhastations-Verfahren, ist nicht ein Theil oder Moment desselben.

Man hat die Ansicht aufgestellt, daß das, zur Versteigerung ausgesetzte, Grundstück litigiös geworden. Diese Eigenschaft soll mit der Eintragung des Sperrvermerks beginnen. Materialien zur Subhastations-Ordnung Pens. 5, Nr. 6; Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 20. Februar 1857, Entscheidungen Bd. 35 S. 45. Dagegen ist aber zu erinnern, daß das Eigenthum des fraglichen Grundstücks, weil von niemanden in Anspruch genommen, in der Subhastation gar nicht strittig ist. Der Extrahent als solcher und der Schuldner gehen in der Subhastation zusammen. Uebrigens hat im Erkenntniß vom 3. März 1844 das Ober-Tribunal die Litigiosität der, zur Subhastation gestellten, Liegenschaft verneint. Ergänzungen zu § 48 Titel 7 Theil I A. G. O. Bd. 7 S. 342 3. Ausgabe.

Die Idee, daß ein Grundstück, durch Aussetzung zur öffentlichen Versteigerung, litigiös werde, fing schon in den Köpfen der Römer zu spuken an, doch sind derselben im Jahre 207 die Kaiser Severus und Antoninus entgegen getreten, indem sie erklärten: Quum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emtio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur, l. 1 C. de litig. 8, 37. Im Jahre 223 hat nach l. 2 C. de dist. pign. 8, 28, auch Kaiser Alexander diese Frage erwogen, und seine Ansicht dahin ausgesprochen: Creditor, qui hypothecae rem sibi nexam vendidet, litigiosam videtur vendere, indem er als Grund hiefür angab: precario debitor possidet, was, im Anschlusse an unsere Auffassung von dem Besitzrechte des Subhastanden, heißen soll: Der Schuldner besitzt die, zu subhastirende, Stelle mit der, aus der unstrittigen Immobilar-Beschlagnahme sich ergebenden Beschränkung.

Die Subhastation, als Prozeß gedacht, erinnert zu sehr, an die altrömische in jure cessio. Gajus Inst. II. 24. Doch bei dieser war wenigstens ein Scheinstreit vorhanden, welcher durch den Richter geschlichtet werden mußte. In nothwendigen Subhastationen braucht gar keine strittige Frage vorzukommen, und dennoch soll ein Erkenntniß nicht zu entbehren sein. Mögen immerhin, auf der verkaufenden Seite, die anwesenden Interessenten ausdrücklich oder stillschwei-

Digitized by Google

gend, ebenso, wie die nicht erschienenen auf letztere Art, in den Zuschlag willigen, und diesen sich der Meistbietende erbitten, alle Interessenten also über die Ertheilung des Zuschlags einig sein, richterlicher Seits muß doch noch immer ein, dem Angriffe durch ein Rechtsmittel ausgesetztes, Erkenntniß ergehen.

Das ganze Verfahren verstößt zu sehr gegen die leitenden Grundsätze eines Prozesses.

Wir wollen davon absehen, daß im Subhastations-Verfahren, nach der bereits verlassenen Inquisitions-Maxime, verfahren wird, da selbige für einige besondere Prozeßarten wohl nicht gut entbehrt werden kann; es gibt aber noch andere, und zwar sehr erhebliche Verschiedenheiten zwischen der Subhastation und dem gewöhnlichen Prozeß.

Der Prozeßrichter muß nach Maaßgabe des genommenen Antrages der einen Parthei, und, nachdem er den Gegner gehört, oder demselben wenigstens Gelegenheit gegeben hat, sich hören zu lassen, sein Erkenntniß fällen. Der Zuschlagsbescheid ergeht aber, ohne daß ein bestimmter Antrag formulirt, und die übrigen Betheiligten hierüber vernommen worden.

Man weiß nicht, mit welchem Acte und von welchem Zeitpunkte ab, der Subhastations-Prozeß beginnt. Daß derselbe mit der executionsrichterlichen Einleitungsverfügung anheben, und der Tag des Erlasses dieser Verfügung als Anfangspunkt zu betrachten sein soll, wie das Obertribunal, in dem Präjudicium vom 19. October 1838 Nr. 558, angenommen hat, ist eine reine Willkührlichkeit. Es ist in der That nicht abzusehen, weshalb der Subhastations-Prozeß nicht mit der, auf die Requisition des Executions-Richters ergehenden, Verfügung des Subhastationsrichters, oder mit der, den Sperrvermerk anordnenden, Verfügung des Hypothekenrichters, beziehungsweise mit dem Datum derselben, als anfangend erachtet werden könnte.

Im gewöhnlichen Prozesse setzt der Vergleich der Partheien der Thätigkeit des Richters ein Ziel, indem er, wie ein Erkenntniß, und zwar wie ein rechtskräftiges, wirkt. § 13 Titel 11 Th. I A. G. O. In Subhastations-Sachen ist aber der Zuschlagsbescheid, in allen Fällen ohne Ausnahme, zu ertheilen, oder abzuschlagen. Derselbe kann sogar, gegen den erklärten einmüthigen Willen aller Betheiligten, verweigert werden.

Das Erkenntniß, als das Resultat des ganzen Prozesses, muß ein, für sich abgeschlossenes, Ganzes bilden, da es, jus inter partes anzuzeigen, bestimmt ist. In dieser Hinsicht läßt die preußische Prozeß-Praxis noch viel zu wünschen übrig. Man setzt nämlich eine Menge Contumacial-

Digitized by Google

Erkenntnisse, Zahlungsmandate und Agnitions-Resolutionen in die Welt, welche, Mangels der Angabe der causa obligandi, ohne Einsicht der Klagen, unverständlich, und daher zur Begründung einer actio oder exceptio rei judicatae, nicht geeignet sind. Aehnlich verhält es sich auch mit dem Zuschlagsbescheide. Es hat der Bieter, welcher den, ihm nicht gewährten, Zuschlag beansprucht, und der Intervenient, auf dessen behauptete Eigenthumsansprüche keine Rücksicht genommen worden, gegen den Zuschlagsbescheid die Nichtigkeitsbeschwerde, ohne daß in demselben ihrer Erwähnung geschehen zu sein braucht. Will man sich, von den Ansprüchen dieser Personen, unterrichten, so muß man die Subhastations- oder wohl gar noch andere Acten, mindestens aber das Steigprotokoll, neben dem Zuschlagsbescheide, zur Hand nehmen.

Soll die, im Zuschlagsbescheide über strittige Punkte getroffene, Entscheidung einen Sinn haben, so müßte man selbige als ein Interimistikum betrachten. Eine interimistische Entscheidung wird entweder, vorbehaltlich einer Definitiv-Entscheidung, gefällt, oder ist in einigen, noch nicht rechtskräftigen, Definitiv-Entscheidungen enthalten. Interimistiken ersterer Art sind zum Beispiel die vorläufigen Entscheidungen, welche von den Verwaltungsbehörden, unter Vorbehalt des Rechtsweges, ergehen; Interimistiken letzterer Art liegen in den Entscheidungen, welche trotz des, dagegen zulässigen, Rechtsmittels executionsfähig sind.

Der, auf das Interimistikum ersterer Art folgende, Prozeß unterscheidet sich von einem anderen Prozesse äußerlich durch nichts; es tritt der, vermeintlich verletzte, Theil mit einer Klage gegen den, vermeintlich zu Unrecht, Begünstigten auf, und der Richter verfährt nach den einschlägigen Prozeßvorschriften.

Den Zuschlagsbescheid könnte man nur diesen Interimistiken an die Seite stellen, weil er, ohne prozeßrichterliche Instruction, ergangen ist; es müßte daher gegen eine, durch denselben einem Interessenten zugefügte, Verletzung der ordentliche Prozeß zulässig sein, wie ein solcher auch nach der rheinischen Subhastations-Ordnung über Einreden gegen das Verfahren, namentlich auch gegen die Verhandlungen im Steigtermin, und beim Zuschlage, gestattet ist. Allein es wird die Adjudications-Sentenz den Interimistiken zweiter Art zugezählt, und demgemäß zum Austrage strittiger Fragen, blos ein Rechtsmittel, und zwar das beschränkteste, die Nichtigkeitsbeschwerde beziehungsweise der Recurs, gegeben.

Dieses Rechtsmittel beschäftigt sich nur mit der Rechtsfrage. Da aber Fragen, wie die in Subhastations-Sachen zur Sprache kommenden, nur dann sachgemäß erledigt werden können, wenn die, ihnen zum

Digitized by Google

Grunde liegenden, Thatsachen vorher vollständig erörtert worden sind, eine solche Erörterung aber nicht eintritt, so ist dieses Rechtsmittel nicht geeignet, dem, im Subhastations-Verfahren verletzten, Interessenten den erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren. Außerdem wird die Nichtigkeits-Instanz zur ersten Instanz herunter gedrückt, und der höchste Richter im Staate mit den Functionen des niedrigsten belastet, was zur unmittelbaren Folge hat, daß das Obertribunal mit Subhastationssachen zu sehr überhäuft wird.

IX.

Der Subhastations-Prozeß ist, nur in der Instanz des Rechtsmittels, auf prozessualische Erörterung von Streitfragen, soweit solche ein rechtliches Moment darbieten, berechnet. In der ersten Instanz fehlen die Mittel und Wege zu irgend welcher contradictorischen Erörterung. Dennoch aber, werden nicht nur Streitfragen, welche die Zulässigkeit und Gesetzmäßigkeit einzelner Verfahrens-Acte betreffen, sondern auch sogar solche, welche absolut in das Gebiet des s. g. materiellen Rechts fallen, in der Adjudicatoria dergestalt abgehandelt, als wäre die Subhastation ein regelmäßiges Prozeßverfahren. Man geht in der Instanz des Rechtsmittels so weit, Fragen zur Erörterung zu stellen, welche, bei Abfassung der Adjudicatoria, gar nicht zur Sprache gekommen waren. Auf diese Art und Weise werden die Grenzen des Objects der nothwendigen Subhastation ungebührlich erweitert, und dergestalt vage hingestellt, daß sie nicht mehr mit Bestimmtheit angegeben werden können.

So gehört der Bieter und der Intervenient, welcher gegen den Zuschlagsbescheid das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde oder des Recurses hat, gar nicht in das Subhastations-Verfahren hinein. Der erstere steht demjenigen gleich, welcher jemanden den Antrag macht, mit ihm, unter gewissen Bedingungen, einen Kaufvertrag zu schließen. Wie nun eine solche Person selbstverständlich nicht das Recht hat, zu verlangen, daß der andere seine Offerte acceptire, so kann auch der Bieter nicht das Recht haben, darauf zu bestehen, daß ihm, für das gethane Gebot, der Zuschlag ertheilt werde. Jedenfalls muß ein, hierauf gerichteter Antrag in einem besonderen Prozeßverfahren geltend gemacht werden. Die Intervention wird, wenn sie gegen beide Theile gerichtet ist, nach den Vorschriften des Titel 18 Theil I A. G. O., in der Regel als ein, für sich bestehender, Prozeß behandelt. Es liegt kein Grund vor, für die, in der nothwendigen Subhastation zur Sprache kommende, Intervention eine andere Behandlung eintreten zu lassen.

Digitized by Google

Ferner discutirt man im Subhastations-Verfahren die Frage: ob gewisse Gegenstände als Zubehör des, zur Subhastation gestellten, Grundstücks zugleich mit demselben zuzuschlagen seien. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 1. October 1852 (Striethorst Band 8 S. 4). Eine derartige Frage kann u. E., nur in einem förmlichen Prozesse, ihre naturgemäße Erledigung finden.

Ebenso soll, was wir nicht zuzugeben vermögen, der Subhastations-Richter über andere, bei der Subhastation als strittig sich ergebende, Rechtsverhältnisse, Entscheidung treffen können, sobald von denselben die Ertheilung oder Versagung des Zuschlags abhängt. Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 26. April 1852 und 12. März 1852 (Striethorst Band 5 Seite 16 und 74), und verschiedene andere.

Da, nach der verworrenen Gesetzgebung, die Praxis nicht recht weiß, was in den Zuschlag hinein gehört, so hält man es für gleichgiltig, ob gewisse Streitpuncte, durch den Zuschlagsbescheid, im Subhastations-Verfahren, oder, durch Erkenntniß, im ordentlichen Prozesse, entschieden werden. Eine derartige Streitfrage soll die sein, ob gewisse Gegenstände als Zubehör des, zur Subhastation gestellten, Grundstücks mit demselben dem Meistbietenden zuzuschlagen oder nicht. Gedachtes Erkenntniß vom 1. October 1852.

Es ist kaum zu begreifen, wie die altländische Subhastations-Gesetzgebung die Subhastation als einen Prozeß hat behandeln können, wenn man den § 340 Titel 11 Theil I A. L. R., welcher dahin lautet:

> Auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufsgeschäften überhaupt Anwendung;

und die, in den folgenden §§ dargelegten, Grundsätze des, dabei zu beobachtenden Verfahrens, welches dem des gemeinen Rechts entspricht, in genaue Erwägung zieht.

Nimmt man doch nicht einen Auctions-Prozeß an. Ob das, zu verkaufende, Object ein bewegliches oder unbewegliches sei, tangirt doch wahrlich nicht die Natur des, darüber abzuschließenden, Kaufgeschäfts. Subhastation und Auction sind von dem landrechtlichen Gesetzgeber, im Titel über Verkauf- und Kauf-Geschäfte, in demselben Geiste, abgehandelt. Hätte die spätere Gesetzgebung und die Praxis jene Grundsätze stets vor Augen gehabt, so hätte, wenigstens bei der Revision der Subhastations-Gesetze, im Jahre 1834, die Subhastation eine andere Gestalt bekommen müssen.

Doch hat die bessere Einsicht, von dem Wesen des Subhastations-Verfahrens, sich nicht ganz zurückdrängen lassen. So hört man hin und wieder, von Gerichten und Juristen, die Ansicht vertheidigen, daß

Digitized by Google

die Subhastation ein qualifizirtes Verkaufsverfahren sei. Auch das Ober-Tribunal hat, freilich im Widerspruche zu den, an entsprechender Stelle angezogenen, Erkenntnissen, in der Entscheidung vom 14. März 1851, welche augenblicklich nicht näher nachgewiesen werden kann, diese Ansicht aufrecht erhalten.

Koch ist, über die Natur des Zuschlags-Bescheides, mit sich nicht einig geworden. Er findet einmal im Zuschlagsbescheide ein Erkenntniß darüber, daß das Verkaufsgeschäft wirklich zu Stande gekommen. Wir dächten, daß, wenn hierüber Streit entstände, gerade der ordentliche Prozeß eintreten müßte. Dann meint Koch, daß die Subhastation ein Verkauf sei, bei welchem die Bestimmung des Kaufpreises, von einem künftigen Ereigniß, dem Zuschlagsbescheide, abhängig gemacht worden ist. Der Adjudications-Bescheid ist nun aber keineswegs ein Ausspruch des Richters, als Dritten, über die Höhe des Kaufgeldes. Von einem Kaufgeschäfte kann erst dann Rede sein, wenn zwei Personen, über das Kaufobject, sowie darüber, daß das Kaufgeld durch einen Dritten bestimmt werde, einig sind. Aber zwischen dem Adjudicatar und den, auf der verkaufenden Seite stehenden, Personen kommt erst, mit der Eröffnung des Zuschlagsbescheides, das Kaufgeschäft zu Stande. Ferner behauptet Koch, daß die Adjudicatoria die Stelle der Uebergabeerklärung vertrete. Dabei übersieht er aber, daß der Adjudicatar das Recht hat, die Natural-Uebergabe der, ihm adjudicirten, Stelle auf Kosten der Kaufgelder-Masse, zu verlangen. Koch's Civil-Recht § 683 und Civil-Prozeß § 312. Endlich sagt Koch, daß die Adjudicatoria declaratorische Natur habe. § 331 Recht der Forderungen. Die Declaratoria setzt eine zweifelhafte Vertragsbestimmung voraus; in dem Zuschlagsbescheide ist aber von Erklärung derartiger Bestimmungen des Licitations-Protokolls, wozu der Richter nicht einmal competent sein würde, gar keine Rede.

X.

Das Subhastations-Verfahren der allgemeinen Gerichtsordnung läßt, während es sich in Aeußerlichkeiten verirrt und verwirrt, das Innere, den Gesammtwillen der Betheiligten, gar nicht zum gehörigen Ausdruck kommen. Dasselbe enthält, mit der Gerichtsordnung, vielfache Bestimmungen, welche auf eine Bevormundung der Betheiligten durch den Staat hinauslaufen. Die neuere Gesetzgebung hat sich bestimmt gefühlt, diesem Prinzip zu entsagen. Deshalb wurde eine anderweite Regelung des Subhastations-Verfahrens nothwendig. Das Ergebniß dieser Bestrebungen ist die Verordnung vom 4. März 1834 mit einigen, sich daran schließenden, späteren Gesetzen.

Digitized by Google

Nach den Motiven zu dieser Verordnung hat es sich der Gesetzgeber, abgesehen von eben gedachter Richtung, zur Aufgabe gemacht, dem Subhastations-Verfahren einen geregelten Gang zu geben, Verzögerungen und Rechtsnachtheilen vorzubeugen, den Kauflustigen die Lust zum Bieten nicht zu verleiden, überhaupt, im Steigtermine, zu irgend einem festen Resultat zu gelangen. Dieses ist aber durch die Verordnung vom 4. März 1834, und die Nachträge dazu, für die nothwendige Subhastation, keineswegs erreicht worden, und kann auch, so lange in derselben ein besonderer Zuschlagsbescheid ertheilt wird, nicht erreicht werden.

Ein festes Ergebniß des Steigtermines, und ein besonderer, mit der Natur des Erkenntnisses ausgestatteter, Zuschlagsbescheid schließen sich gegenseitig aus. Wird nämlich schon im Bietungstermin ein festes Ergebniß erzielt, so bedarf es nicht mehr der Adjudicatoria. Wird dagegen ein besonderer Zuschlagsbescheid ertheilt, so ist, im Bietungstermine, ein festes Resultat zu erzielen, nicht möglich. Will man den besonderen Zuschlagsbescheid beibehalten, und dennoch, im Steigtermin, zu einem festen Ergebniß gelangen, oder mit andern Worten, soll der Kaufvertrag, nicht erst durch den Zuschlags-Bescheid, perficirt werden, so bleibt nichts anders übrig, als dem letzteren die Natur des Erkenntnisses zu nehmen. Für diesen Fall frägt es sich, was denn noch das Zuschlagserkenntniß vorstellen soll. Dasselbe könnte nur noch als Bestätigung des, im Steigprotokoll liegenden, Kaufactes, oder als Ausfertigung, im Sinne des § 50 Titel 2 Theil II der Allgem. Ger.-Ord., gelten. Allein von der confirmatio wird gesagt: jura non dat, sed ea, quae sunt, confirmat. Sie ist daher nur accessorischer Natur, und müßte mit ihr die confirmirten Acte mit ausgefertigt werden. Die, besonders zu ertheilende, Ausfertigung muß die, in den betreffenden Verhandlungen enthaltenen, Erklärungen, Abreden und Bedingungen, dergestalt in sich aufnehmen, daß davon in keinem Stücke abgewichen, also nichts denselben hinzugethan, oder davon abgenommen werde. Sie ist nur referirender Natur, und soll die, mit Inserirung der Verhandlungen zu bewirkende, Ausfertigung ersetzen. § 124 Titel 10 Theil I A. G. O.

Aber, sowohl in der ersteren, als in der letzteren, Bedeutung, würde die Ertheilung eines besonderen Zuschlagsbescheides immer, nicht zu beseitigende, Bedenken erregen. Es ist nämlich nicht abzusehen, woher der Subhastations-Richter das Recht auf Confirmation des, im Steigprotokoll liegenden, Kaufacts hernehmen will, da ihm weiter nichts, als die Leitung der Verhandlungen, beziehungsweise des Verfahrens, obliegt.

Digitized by Google

Die Beschaffung einer besonderen Ausfertigung der wichtigsten Acte des Subhastations-Verfahrens wäre eine, volkswirthschaftlich nicht zu rechtfertigende, Mehrarbeit. Außerdem müßte, sowohl die Confirmatoria, als die besondere Ausfertigung, nicht die Form des Erkenntnisses annehmen, noch weniger aber die Entscheidung von Streitfragen enthalten. Da indeß die Erkenntnißform für den Zuschlagsbescheid vorgeschrieben ist, und, gelegentlich der Ertheilung desselben Streitfragen entschieden werden können, ja mitunter sogar solche, welche außerhalb des Subhastations-Verfahrens liegen, entschieden werden, so läßt sich in der Adjudicatoria doch nicht eine Confirmation oder besondere Ausfertigung finden.

Nach alle dem ist und bleibt immer die Adjudicatoria eine, dem Subhastations-Verfahren nicht nur fremde, sondern sogar schädliche, Zugabe.

Der große Fehler der Gesetzgebung liegt darin, daß sie zwei, einander ausschließende, Prinzipien in ein System bringen, oder man kann auch sagen, daß sie gewisse Folgen wollte, ohne zugleich den Grund derselben zu wollen. Nur wenn mit dem Augenblicke, wo, im Versteigerungstermine, das Meistgebot endgiltig entgegen genommen wird, der Bestbietende das Recht des Schuldners an dem versteigerten Grundstücke überkommt, kann die Intention der Gesetzgebung ihre Realisation finden.

Hätte der Gesetzgeber dieses erkannt, so würde er auch den Zuschlagsbescheid haben fallen lassen, und sich das erstere Zuschlagssystem zu eigen gemacht haben.

Der, in neuester Zeit, von den Landtagsabgeordneten Conrad und Genossen, in das Haus der Abgeordneten, eingebrachte, Entwurf zu einem neuen Subhastations-Prozesse weicht, in den Grundzügen, von der bestehenden Subhastations-Ordnung nicht ab, und ist daher, in der Hauptsache, mit denselben Mängeln behaftet, an welchen jene laborirt. Allerdings enthält die Vorlage manche Verbesserung der bestehenden Subhastations-Ordnung, wozu wir zum Beispiel die Beseitigung der Taxe des, zu subhastirenden, Grundstücks rechnen, dieses macht sie aber nicht geeignet, als Basis, bei der Revision der Subhastations-Gesetzgebung, dienen zu können.

Unserer Ansicht nach muß, um das Gesagte hiermit kurz zu recapituliren, das Subhastations-Verfahren seinen Schwerpunkt in der executorischen Beschlagnahme des, zum Executions-Object ausersehenen, Grundstücks finden, und nur die Realisation dieser Beschlagnahme darstellen. Es sind dieses Anforderungen, welchen die rheinische Subha-

Digitized by Google

stations-Ordnung vom 1. August 1822 durchweg entspricht, während die altvaterländische Subhastations-Ordnung ihren Schwerpunkt in dem Zuschlags-Bescheide, also gewissermaßen außerhalb ihrer natürlichen Sphäre, findet, somit ohne entsprechendes Fundament in der Luft schwebt, des inneren Halts entbehrt, und die Schärfe wissenschaftlicher Kritik nicht zu ertragen vermag. Nur ein Subhastationsverfahren, welches auf der Immobiliar-Beschlagnahme beruhet, und mit der Ertheilung des Zuschlags zum Steigprotokoll das Kaufgeschäft perfect werden läßt, ist das allein wissenschaftlich richtige, und auch einem constitutionellen Staatsleben angemessene. Daher können wir nur wünschen, daß die Gesetzgebung, bei der Revision der Subhastations-Ordnung, von diesen Grundsätzen ausgehe.

Nr. 2.

Beiträge aus der Praxis zur Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Einleitung.

Die bei den Gerichtshöfen so vielfach zur Anwendung kommende Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten[1]) hat in unserem Landrechte eine ihrer großen praktischen Bedeutung entsprechende Berücksichtigung nicht gefunden. In dem „von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander" handelnden Tit. 22 Th. I des Allgemeinen Land-Rechts findet sich fast nur ein einziger Paragraph, der sich mit diesem Institute beschäftigt (der weiter unten zu erörternde § 14). Im Uebrigen sind die hierher gehörigen Bestimmungen aus dem siebenten und neunten Titel des ersten Theils zusammenzusuchen, wo von dem Besitze und dem auf dessen langjährige Dauer gegründeten Erwerbe von Sachen und Rechten überhaupt die Rede ist. — Bei diesem Stande unserer Gesetzgebung erscheint die Praxis vorzugsweise berufen, ein so wichtiges Rechtsinstitut, wie das hier in Rede

1) In Betreff des gemeinen Rechts ist zu verweisen auf:
Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Zweite Auflage von Theodor Schirmer (Leipzig 1858) Bd. II §§ 187—216 und die in der Note 599 angegebenen Schriften.
Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X S. 292 f.
F. B. Busch, die Stimme der Praxis (Erlangen 1862) Nr. 13.

Digitized by Google

stehende ist, nach allen Seiten hin zu beleuchten und dadurch seine Natur, seine Voraussetzungen und Wirkungen zur klaren Anschauung zu bringen. — Den Versuch hierzu sollen diese Beiträge machen.

§ 1. Rechtsbesitz.

1. Die erste und zugleich die wichtigste Voraussetzung bei der erwerbenden Verjährung der Grundgerechtigkeiten ist der Besitz, der sich hier als Rechtsbesitz — juris possessio, quasi possessio — darstellt. Ueber dieses Erforderniß sprechen sich die §§ 81, 82 und 86 Tit. 7 a. a. Orte dahin aus:

§ 81. „Wer eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, der erlangt den Besitz des Rechts von dem Andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leide. (Negatives Recht.)"

§ 82. „Soll jedoch durch dergleichen Handlung der Besitz eines negativen Rechts wirklich erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen."

§ 86. „Den Besitz eines Untersagungsrechts erwirbt derjenige, auf dessen Verbot der Andere von einer unternommenen Handlung absteht."

Unter Hinweisung auf diese Vorschriften bestimmt der § 14 Tit. 22 a. a. O.

„Bei dieser letzten Erwerbungsart (der Erwerbung durch Verjährung) muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen habe."

Endlich findet sich auch für die dreißigjährige Ersitzung im Tit. 9 die ausdrückliche Vorschrift:

§ 627. „Der Nachweis, daß der Verjährende die Sache oder das Recht als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe, ist dazu nothwendig."

Bereits in den Glossen zu § 82 Tit. 7 a. a. O. (B. V S. 298 f. dieser „Beiträge") ist dieses in der Vornahme der betreffenden Handlung opinione juris bestehende Erforderniß, unter Anführung von Rechtssprüchen, näher erörtert worden. Es kann daher hier nur darauf ankommen, noch weitere Belege aus der Praxis beizubringen.

Es sind dies folgende:

a. Erkenntniß des O. A. G. zu Rostock vom 15. Juni 1857:

„... Die Ausübung der Servituten muß sich freilich bei der praescriptio destnita sowohl als bei der immemorialis als eine Rechtsausübung darstellen, allein ein specieller Beweis über das Vorhandensein dieses Requisits war dem Beklagten nicht aufzuerlegen, da hierin die Erklärung liegen würde, daß die noch so häufige fehlerfreie Vornahme der zum Wesen der Servitut gehörenden Handlungen während der Ersitzungs-

Digitized by Google

zeit zum Erwerbe des Rechtes nicht genüge, vielmehr eine besondere, äußerlich wahrnehmbare, Beschaffenheit der einzelnen Ausübungsacte erforderlich sey, während doch die Gesetze eine solche, namentlich eine wörtliche oder symbolische Erklärung, von einer Servitut Gebrauch machen zu wollen, nirgends erfordern. Es kann vielmehr nur darauf ankommen, daß sich aus der Gesammtheit der von dem Beweisführer speciell und mit allen Nebenumständen darzulegenden Ausübungsacte der animus juris exercendi herausstelle, und versteht es sich von selbst, daß der directe Gegenbeweis auch auf solche Umstände gerichtet werden darf, aus denen sich ergeben würde, daß mit den einzelnen Besitzhandlungen die auf Rechtsausübung gerichtete Absicht nicht verbunden war.

Seuffert, Archiv XIV Nr. 14.

b. Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 3. Februar 1859 (verfaßt von der Juristen-Facultät zu Leipzig):

... Die Entscheidungsgründe der sententia a qua legen am meisten Gewicht darauf, daß von dem Kläger durchaus durch nichts bewiesen worden sey, wie die mehrmals vorgenommenen Ausmoddungen auch in der Absicht vorgenommen worden, um und zwar in eigenem Namen ein Recht damit auszuüben. Allerdings gehört dieser animus dazu, um die quasi possessio zu erlangen. Nur darf damit nicht verwechselt werden der Glaube des Quasipossessors, daß ihm wirklich das Recht zur Ausmoddung des Teiches zustehe. Denn auf diese seine opinio juris kommt es hier, wo eine bona fides gar nicht erforderlich ist, nicht im Mindesten an. Gehen wir davon aus, so ergibt sich schon aus der Natur der Sache, daß ein solcher animus nicht bloß direct bewiesen werden kann durch den Beweis solcher Thatsachen, wodurch der Besitzer ausdrücklich erklärt, er nehme die Besitzhandlung vor, um ein Recht damit auszuüben, sondern auch indirect durch den Beweis solcher Besitzhandlungen, welche unter den vorliegenden Umständen kaum eine andere Auslegung zulassen, als die, daß man ein Recht dadurch habe ausüben wollen.

Seuffert, Archiv XIV Nr. 211.

c. Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 26. October 1859:

Für die Ersitzung der vom Beklagten in Anspruch genommenen Fußsteigsgerechtigkeit ist zwar erforderlich, daß die betreffenden Besitzhandlungen als Recht ausgeübt worden. Es genügt aber zur Herstellung des Beweises der Servitutenersitzung in dieser Richtung, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, keine Umstände vorliegen, welche die Annahme, daß die gedachten Handlungen nicht als Recht ausgeübt worden, rechtfertigen.

Ebend. Nr. 14.

d. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 8. Januar 1862:

Die Ersitzung einer Servitut ist eine Erwerbung durch fortgesetzten Besitz, wozu der animus possidendi gehört. Zur Ersitzung einer Servitut ist mithin erforderlich, daß die Handlungen, durch welche sie ausgeübt seyn soll, als ein Recht ausgeübt sind. Da nun aber der Appellat behauptet hat, er habe seit zehn Jahren und seine Vorbesitzer hätten über zwanzig Jahre die Ueberfahrt ungestört ausgeübt, und da er auf diese

Digitized by Google

Thatsache die Einrede der Verjährung gestützt hat, so kann es keinen Zweifel leiden, daß er hat behaupten wollen und behauptet hat, daß er und seine Vorbesitzer mit dem Willen, dadurch ein Recht auszuüben, auf dem fraglichen Wege gefahren seyen. Die Ausführung des Appellanten, daß die Einrede der durch Ersitzung erworbenen Servitut nicht genügend substantiirt sey, weil Appellat nicht behauptet habe, daß die Ueberfahrt als ein Recht ausgeübt sey, kann folglich nicht als zutreffend erachtet werden. — Wenn dem Appellaten auch nicht ausdrücklich zu beweisen auferlegt worden, daß die Ueberfahrt als ein Recht ausgeübt worden sey, so müssen doch selbstverständlich die nachzuweisenden Handlungen, durch welche die Servitut ausgeübt seyn soll, sich als Ausübung eines Rechts darstellen.

Ebendas. XV Nr. 185.

e. Erkenntniß des App. G. zu Hamm vom 26. October 1854 (in Sachen Geck wider Himmen):

Das Ergebniß des von dem Kläger geführten Beweises beschränkt sich auf die Feststellung der Thatsache:

> daß die Besitzer der aneinanderstoßenden Gärten der Parteien seit länger als 30 Jahren an der beiderseitigen Gränze einen Streifen von ½ bis ¾ Fuß Breite unbesaamt liegen gelassen, und die auf diese Weise gebildete Wegestrecke als Fußweg in der von dem Kläger angegebenen Weise gemeinschaftlich gebraucht haben.

Ein solches rein thatsächliches Verhältniß kann für sich allein keinen Rechtsbesitz begründen. Es deutet nur auf eine gegenseitige nachbarliche Gefälligkeit, die eben vermöge ihrer Gegenseitigkeit die im § 107 Titel 7 Theil I A. L. R. [1]) aufgestellte Vermuthung schon von selbst ausschließt. Denn so lange der eine oder andere Gartenbesitzer von seinem Rechte, den Garten von dem des Nachbars durch eine Scheidewand zu trennen, keinen Gebrauch machen will, stellt sich die gemeinschaftliche Benutzung des an der Gränzlinie nach beiden Seiten hin unbebaut gelassenen schmalen Streifen als Fußweges in keiner Weise für ihn als ein Nachtheil oder als eine Einschränkung seines Eigenthums dar. Was darin Lästiges für ihn liegen könnte, wird durch den von dem Nachbar ihm gewährten gleichen Vortheil sofort wieder aufgewogen. Es kann daher bei Keinem derselben die Meinung einer ihm obliegenden Verpflichtung aufkommen. Daß eine solche Ansicht auch nicht bei dem Kläger obgewaltet habe, ergibt die von ihm im Jahre 1852 vorgenommene Erniedrigung seines Gartens, welche, wie die Zeugen bekunden, den gedachten Fußpfad auf des Klägers Seite fast ganz unbrauchbar gemacht hat. Mit Recht wird daher hieraus bei der völligen Gleichheit der vorliegenden Verhältnisse von dem ersten Richter gefolgert, daß auch

---

1) „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege."

Digitized by Google

der Kläger den zum Nachbargarten gehörigen Wegestreifen nicht in Voraussetzung eines ihm zustehenden Rechts treten habe.

Daß überhaupt die von den Eigenthümern aneinander gränzenden Grundstücke sich gegenseitig gestattete Benutzung ihrer Grundstücke nur unter besonderen Umständen als wechselseitige Grundgerechtigkeit angesehen werden soll, ist in Beziehung auf die Koppelhüthung im § 136 Tit. 22 a. a. O.[1]) ausdrücklich ausgesprochen.

f. Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 11. Oktober 1849:

Wenn man mit den §§ 106, 107 Titel 7 Theil I A. L. R. die Vorschrift des § 81 daselbst in Verbindung bringt, so ergiebt sich, daß, sobald eine Handlung vorliegt, die an sich zur Besitzergreifung geeignet gewesen ist, bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet werden muß, daß die Handlung in der Meinung eines wirklichen Rechts ausgeübt und resp. geduldet worden, und daß daher derjenige, der eine solche zur Einschränkung seiner Rechte gereichende Handlung ohne Widerspruch gestattet hat, den Gegenbeweis zu führen und nachzuweisen hat, daß die Handlung im vorliegenden Falle zur Besitzergreifung nicht geeignet gewesen ist, sei es, daß diese auf Seiten des Handelnden fehlerhaft war, oder nur eine praecaire Gestattung auf der anderen Seite stattgefunden hat. Es kann dem auch nicht die Vorschrift des § 82 entgegengestellt werden, denn damit hat nur, wie im § 14 Tit. 22 wiederholt und noch schärfer ausgesprochen ist, angedeutet werden sollen, daß die Handlung als ein Recht, und nicht als eine Begünstigung ausgeübt sein müsse, wenn dadurch eine Besitzergreifung habe stattfinden können; dadurch wird mithin keineswegs erfordert, daß stets außer der Besitzhandlung selbst noch ein besonderer Nachweis der geschehenen Ausübung derselben in der Meinung eines wirklichen Rechts erbracht werde, vielmehr ist nur erforderlich, daß die ausgeübte Besitzhandlung selbst zur Einschränkung der Rechte des Dritten gereicht und an sich nach allgemeinen in casu concreto durch das Vorwalten besonderer Umstände nicht geschwächten Rechtsprinzipien zur Besitzergreifung geeignet ist; indem dann die Vermuthung, daß die Ausübung der Handlung in der Meinung eines Rechts und in der Absicht, die Rechte des Andern einzuschränken, ausgeübt ist, von selbst in Wirksamkeit tritt, und nur durch das Vorhandensein und den Eintritt besonderer Umstände, die dem entgegenstehen, beseitigt werden kann.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht außerdem auch sehr entschieden der § 14 Tit. 31 der A. G. O. Th. I, indem dort ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß wenn der vom Kläger behauptete jüngste Besitz nachgewiesen ist, der Verklagte hiergegen behauptet, daß derselbe dazu auf eine unredliche oder fehlerhafte Weise gelangt sei, mit Aufnahme des Beweises über diese Fehler des Besitzes verfahren werden soll, wobei noch besonders auf § 19 und 147 des A. L. R. Th. I Tit. 7 verwiesen wird. Denn der Gesetzgeber spricht hier das Princip, daß derjenige, der die

1) „Wenn aber diese wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf eben demselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen bald auf andern Stücken ausgeübt worden, so wird angenommen, daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege."

Digitized by Google

Fehlerhaftigkeit des Besitzes behauptet, die Beweislast hinsichtlich des Vorhandenseins des Fehlers übernehmen müsse, ganz deutlich aus und erkennt sonach an, daß eine Besitzhandlung unter Umständen, die nicht auf einen fehlerhaften oder präcairen Besitz hindeuten, an sich zur Besitzergreifung geeignet ist, wenn nicht der Gegenbeweis geführt wird.

Arnsb. N. Archiv XIV S. 595.

g. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 9. Februar 1852:

Der § 82 Tit. 7 Th. I A. L. R. verlangt auf Seiten des Apprehendirenden nur das Vorhandensein der Meinung eines Rechts überhaupt bei dem Akte der Apprehension, legt demselben jedoch nicht die Verpflichtung auf, das Vorhandensein dieser Meinung nachzuweisen. Vielmehr ergibt sich aus einer Vergleichung des § 82 mit dem § 107 a. a. O., daß demjenigen, welcher eine an sich zur Besitzergreifung sich eignende Handlung frei und öffentlich unternimmt, die Vermuthung des Rechts so lange zur Seite steht, bis der Andere, dessen Recht durch die Handlung eingeschränkt worden, das Gegentheil erwiesen hat. Vergl. Präjud. 215. Samml. S. 251 f.

Striethorst, Archiv B. 6 S. 37 f.

h. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 30. Septbr. 1856:

Der Appellationsrichter verlangt außer der faktischen, freien und offenen Ausübung in eigenem Namen noch etwas Weiteres: ein Geschäft oder einen Umstand, der Grund zu der Annahme darbietet, daß ein Rechtsbewußtsein bei der Besitzergreifung vorgewaltet habe. Der § 627 Tit. 9 Th. I A. L. R. bezieht sich aber nur auf den vollständigen Besitz. Der Appellationsrichter verwechselt sonach die Erfordernisse des § 627 mit denen des § 14 Tit. 22 und setzt sich sonach in Widerspruch mit dem Plenarbeschlusse vom 27. August 1838 (Entsch. B. 4 S. 169.)[1] Aus dem Umstande der Ausübung folgt schon von selbst, daß der Verjährende in der Meinung eines ihm zustehenden Rechts gehandelt, indem der Andere die ihm nachtheilige Handlung duldete.

Ebendas. B. 22 S. 215 f.

i. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 23. Januar 1857:

Der § 82 Tit. 7 Th. I A. L. R. hat unter einem fortdauernden Rechte nicht ein immerwährendes bezeichnen, vielmehr nur ausdrücken wollen, daß der Besitz eines negativen Rechts nicht erlangt werde durch eine Handlung, welche nicht opinione juris, sondern nur vorübergehend und gelegentlich, ohne die Absicht, dadurch ein Rechtsverhältniß geltend zu machen, geübt worden sei. Es liegt bei dem § 82 keine andere Rechtsanschauung, als bei dem § 14 Tit. 22 zum Grunde.

---

1) „Die Vorschrift des § 14 Tit. 22 Th. I des A. L. R., daß bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung nachgewiesen sein muß, daß der Besitzer des berechtigten Grundstückes die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe, enthält keine Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten, und findet daher auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung."

Digitized by Google

Dort, wie hier, ist das Wesentliche, daß die Befugniß als ein wirkliches Recht geübt sei; dort, wie hier, hat der Kläger genug gethan, wenn von ihm der Beweis der frei und öffentlich, ohne Widerspruch und Störung Seitens des Verpflichteten erfolgten Ausübung der streitigen Befugniß geführt worden ist. Dann ist anzunehmen, daß er dieselbe, wie sich von selbst ergibt, als ein wirkliches, dauerndes Recht in Besitz genommen habe. Entscheid. B. 35 S. 14 f.

k. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 1. December 1857:

Der § 82 Tit. 7 Th. I A. L. R. hat den darin klar ausgesprochenen Zweck, den Willen des Besitzergreifers, durch seine Handlung ein ihm zustehendes Recht ausüben zu wollen, (den animus juris) als nothwendiges Erforderniß der Besitzerwerbung zu sanciren, und es wird durch die allegirte gesetzliche Vorschrift bestimmt, daß dieser Wille entweder aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, erhellen müsse.

In den Gründen des Plenarbeschlusses vom 27. August 1838 ist das Rechtsprincip ausgesprochen:

> daß die Erwerbung des Besitzes von Rechten, durch Handlungen geschehe, aus welchen von der einen Seite die Absicht, sich in den Besitz der Befugniß zu setzen, von der andern die Beistimmung dazu (patientia domini), ausdrücklich oder stillschweigend hervorgehe, — daß insbesondere der Besitz eines Servitutrechts ergriffen werde, wenn der Eine dasselbe als ein ihm zustehendes Recht, in der Meinung eines Rechts, wirklich ausübe und der Andere ihm solches ausdrücklich oder durch Zulassung gestattet.

Die durch den Plenarbeschluß entschiedenen Controversen hatten die Frage über die Nothwendigkeit der Constatirung des animus juris Seitens des Besitzergreifers nicht zum Gegenstande. Es wird derselbe zwar in den Gründen ebenfalls berührt und zwar mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 14 A. L. R. Th. I Titel 22 und mit Hinweisung auf den § 82 und den § 107 Tit. 7 Th. I. Es werden dort aber zuerst die §§ 106. 107. 108. als die allgemeinen, auch die Anwendung des § 14 Th. I Tit. 22 bedingenden Grundsätze angeführt, welche sich auf das Precarium — auf die aus der Duldung einer dem Eigenthümer nachtheiligen oder zur Einschränkung seiner Rechte gereichenden Handlung entstehende Vermuthung, sowie auf die Bestimmung beziehen, daß diese Vermuthung durch entgegenstehende Umstände wieder gehoben werden könne, und weiter folgende Bemerkungen angeknüpft:

> Wenn indeß der § 14 Th. I Tit. 22 die Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechts verlangt, so wird damit nichts besonderes von den allgemeinen Grundsätzen der Besitzerwerbung Abweichendes vorausgesetzt, vielmehr nichts weiter gefordert, als der Beweis, daß der Verjährende die streitige Befugniß binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt habe, indem, wie Javolenus sagt, der usus juris pro traditione possessionis gilt, und aus den Umständen der Ausübung von selbst folgt,

Digitized by Google

daß der Verjährende in der Meinung eines ihm zustehenden fortdauernden Rechts gehandelt habe (§ 82 A. L. R. Th. I Tit. 7) indem der Andere diese ihm nachtheilige Handlung (§ 107 ebendas.), duldete.

Der ganze Zusammenhang dieser Ausführung ergiebt, daß dabei solche Umstände vorausgesetzt sind, aus denen die Meinung eines dem Handelnden zustehenden Rechts erhellet, und durch welche namentlich die Anwendbarkeit des § 107 motivirt erscheint, neben welchem im Plenarbeschlusse auch die §§ 108 und 82 angeführt sind. Die gedachte Ausführung hatte wesentlich den Zweck, die Ansicht zu widerlegen, welche aus der Fassung des § 14 A. L. R. Th. I Tit. 22 entnommen, dahin ging, daß der Verjährende auch die Negative, daß er die streitige Befugniß nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, zu beweisen habe. Der Beschluß des Plenums geht auch nur dahin:

die Vorschrift des § 14 Tit. 22 A. L. R. Th. I enthält keine Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten, und findet daher auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung.

Es ist dadurch also in jedem einzelnen Falle die Erörterung und Entscheidung der Frage nicht ausgeschlossen:

ob aus den Umständen, welche die der Besitzergreifung und Verjährung zum Grunde gelegten Handlungen begleiten, oder aus der Natur dieser Handlungen selbst der Mangel des animus juris erhelle?

Entscheid. B. 37 S. 170 f.

2. Die Nothwendigkeit des Nachweises der opinio juris tritt besonders in den Fällen hervor, wo aus dem langjährigen Gebrauche eines Jedermann offenstehenden Weges ein privatives Recht hergeleitet wird.

Hierher gehören folgende Rechtssprüche unseres Ob.-Tribunals: [1])

a. Erkenntniß vom 13. September 1845: Das Gehen über einen städtischen öffentlichen Platz gewährt an und für sich keinen verjährungsfähigen Besitz zur Erwerbung einer Fußwegsgerechtigkeit. Denn wenn

1) Vergl. auch das Erkenntniß des Ob. Trib. zu Stuttgart vom 16. April 1847: Als ein über einen Complex von Wiesen führender Fußpfad, welcher nach altem Herkommen bisher von Jedermann (Ortsangehörigen wie Fremden) begangen werden durfte, auf Antrag der Eigenthümer von der Verwaltungsbehörde eingestellt worden war, klagte ein benachbarter Gutsbesitzer auf Oeffnung des Weges, indem er behauptete, daß er ein privatrechtliches Dienstbarkeitsrecht darauf erworben habe. Er wurde jedoch mit seiner Klage abgewiesen, weil dafür, daß er diesen öffentlichen Weg nicht als solchen, sondern vermöge eines ihm zustehenden Dienstbarkeitsrechts benutzt habe, keine schlüssigen Thatsachen angeführt worden waren.

Seuffert, Archiv III Nr. 146.

Digitized by Google

der Platz Jedem zugänglich und diese Gebrauchsart durch Gehen über denselben seiner Bestimmung nicht fremd ist, so ist einerseits für den Magistrat oder auch für die übrigen mitberechtigten Bürger keine Veranlassung dieses Gehen zu verhindern; andererseits verlieren aber die behaupteten Besitzhandlungen, wozu der Handelnde gleich jedem anderen Stadtbewohner berechtigt war, das Charakteristische, daß er für sich ein besonderes Recht habe erwerben wollen.

Entscheid. B. 13 S. 161 f.

b. Erkenntniß vom 18. December 1851 (in Sachen Joh. Heinr. Grave wider W. Hermann und G. Rautzenberg. H. 442): Der Implorant behauptet, daß der Appell.-Richter die §§ 63. 64 und zugleich § 14 Tit. 22, sowie den § 107 Tit. 7 und § 627 Tit. 9 Th. I A. L. R. verletzt habe.

Der Appell.-Richter stellt fest, daß der streitige Fußweg in die Kategorie des § 63 Tit. 22 a. a. O. falle, ein gebahnter offen daliegender Feldweg sei, und daß die Verklagten gleich nach dem Erwerb ihrer Baumwiese eine Sperrung angelegt haben. Darnach hält er dafür, daß man sich mit der bloßen Ausübung der Befugniß, den zum allgemeinen Gebrauch offen gelegenen Weg zu begehen, nicht begnügen, und es eben wegen der Eigenschaft des Weges als eines offenen Feldweges mit dem § 14 a. a. O. im vorliegenden Falle nicht so leicht nehmen dürfe. Allerdings sei auch die Wegeservitut über einen Feldweg der angedeuteten Art unter Umständen Gegenstand der Acquisitiv-Verjährung. Da aber jene Eigenschaft des Weges die Vermuthung gegen Jedermann begründe, welcher sich des Weges bediene, daß er lediglich auf Grund der im § 63 enthaltenen precären Erlaubniß darüber gegangen sei, so wäre es Sache der Kläger gewesen, wie auch der § 627 Tit. 9 vorschreibe, nachzuweisen, daß sie das Recht als ihr eigen in Besitz genommen und 30 Jahre hindurch besessen hätten. Dieser Beweis sei aber nicht geführt worden.

Bei der faktischen Feststellung des Richters, daß hier ein gebahnter Fußsteig im offenen Felde vorliege, den Jedermann frei benutzt habe, kann so wenig von Verletzung der §§ 63 und 64 als des § 14 a. a. O. die Rede sein. Nach § 64 müssen sich Kläger, seitdem Verklagte den Weg gesperrt haben, gleich Anderen des ferneren Gebrauches enthalten, wofern sie nicht nachweisen, daß ihnen eine besondere Vergünstigung eingeräumt worden sei; damit ist dann aber ausgesprochen, daß der bisherige bloße Gebrauch zur Begründung eines Rechts nicht hinreiche. — Der Ausdruck „Vergünstigung" im § 64 soll nicht etwa ein precarium, sondern wie an einigen andern Stellen dieses Titels eine Grundgerechtigkeit bezeichnen, vergl. §§ 4, 9 d. T.; ferner wenn von Einräumung einer besonderen Vergünstigung die Rede ist, so darf hierunter nicht bloß die Constitutirung einer Grundgerechtigkeit durch Verleihung verstanden werden. Sicher hat das Gesetz auch den Erwerb einer besonderen Vergünstigung oder Grundgerechtigkeit durch Verjährung in diesem Falle nicht ausschließen wollen. Daß aber bei dem Nachweise dieses Erwerbes einer Fußwegsgerechtigkeit durch Verjährung bei einem offenen Feldwege mehr als die bloße faktische Ausübung darzuthun ist, geht schon daraus hervor,

Digitized by Google

daß die Einräumung einer besonderen Vergünstigung, d. h. einer besonders und ausschließlich ertheilten oder erworbenen Befugniß, im Gegensatz der allgemeinen Connivenz gegen den allgemeinen Gebrauch zur Bedingung gemacht ist. — Wenn nun der § 14 beim Verjährungserwerbe von Servituten verlangt, es müsse besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstückes die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht (was § 64 eine besondere Vergünstigung nennt) und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe, so mögen über die Auslegung dieser Vorschriften vielerlei unrichtige Ansichten im Schwange gewesen, und insbesondere mag oft zur Ungebühr verlangt sein, daß der Usucapient das Nichtvorhandensein des precarii direct und besonders beweisen müsse und daß es mit der Darlegung der die Ausübung begleitenden, und die Qualifikation des Besitzes charakterisirenden Umstände nicht genug sei. Allein im vorliegenden Falle hat der App.-Richter der gedachten Bestimmung keinen Zwang angethan; ganz mit Recht verlangt er vielmehr den besonderen Nachweis daß die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz genommen, und so folgeweise nicht als bloße Vergünstigung ausgeübt worden sei. Denn die von den Klägern nachgewiesenen Handlungen müssen, so nackt wie sie dastehen, und ohne daß etwas Weiteres dargethan wird, auf Grund der §§ 63, 64 als rein precäre Handlungen, für nicht mehr angesehen werden, als was hundert Andere, welche auf ein wirkliches Recht keinen Anspruch machen, neben den Klägern gethan haben. Der § 627 Tit. 9 verlangt gerade auch, daß der Usucapient die opinio juris auf seiner Seite nachweise; der § 107 Tit. 7 aber kann deshalb nicht verletzt sein, weil diese Vermuthung im vorliegenden Falle dadurch ausgeschlossen wird, daß derjenige, welcher einen offenen Feldweg zum gemeinen Gebrauch liegen läßt, gesetzlich nur so angesehen wird, als habe er eine Vergönnung für das Publikum eintreten lassen, und diese Vergönnung jederzeit zurücknehmen kann. Auch der auf die §§ 81—84 Tit. 7 gestützte Angriff ist verfehlt. Allerdings geht nach § 81 die Besitzergreifung von Statten, wenn der Eine eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt. Allein der Eigenthümer der Baumwiese brauchte gegen das, was nur precario gestattet wurde, keinen Widerspruch einzulegen, und dieser kam frühzeitig mit dem Widerruf der Vergönnung; und nach § 82 muß deutlich erhellen, daß dem Handelnden ein fortdauerndes Recht wirklich zustehe.

(Nach gleichen Grundsätzen ist durch das Erkenntniß des Appell.-Ger. zu Hamm vom 22. Octbr. 1857 die Sache Degener wider Biefhaus D. 12. 57 entschieden worden. Desgl. durch Erkenntniß vom 24. Jan. 1858 die Sache Maas gegen Kuse. M. 9. 1858.)

c. Erkenntniß vom 12. Januar 1852: Zum Erwerbe des Besitzes eines negativen Rechts, z. B. einer Wegegerechtigkeit, genügt nicht die Meinung des Handelnden, daß er als Mitglied des Publikums dazu berechtigt sei; vielmehr ist dazu die Meinung erforderlich, daß ihm selbst das Recht als ein fortdauerndes zustehe.

Digitized by Google

Das Publikum als solches hat keine juristische Persönlichkeit und kann deshalb nicht Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein. [1])

Striethorst, Archiv B. 4 S. 244 f.

d. Erkenntniß vom 28. Februar 1856: Der Appellationsrichter findet den juristischen Besitz der von den Klägern behaupteten Fußwegsgerechtigkeit schon in dem Zugeständniß des Verklagten, daß Jedermann den Weg seit jeher ungestört benutzt habe. Indessen leuchtet es von selbst ein, daß s. g. Besitzhandlungen, wie sie Jedermann ausgeübt hat, nicht als solche angesprochen werden können, welche den Besitz eines subjektiv dinglichen Rechts begründen. Zur Erwerbung des juristischen Besitzes eines negativen Rechts ist es unerläßlich, daß in den Besitzhandlungen die eigentliche Natur des prätendirten concreten Rechts hervortrete, wie dieses auch der § 82 Tit. 7 Th. I A. L. R. in den Worten: „daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe," erfordert. Die Kläger haben keinen andern Besitz erwiesen, als alle die Anderen, welche sich des Weges ungestört bedienten, weshalb es an dem Beweise des entscheidenden rechtlichen Merkmals, welches den Besitz einer Grundgerechtigkeit charakterisirt, ermangelt.

Entscheid. B. 32 S. 86 f.

3. Die mit einer Handlung verknüpfte Gegenleistung schließt den Rechtsbesitz des Handelnden an sich nicht aus.

Erkenntniß des Ob. Trib. vom 6. Januar 1852 (in Sachen des Forstfiskus wider Heinr. Glade und Genossen F. 152.)

Fiskus wendet gegen die Konstituirung eines wirklichen Hüthungsrechts durch Verjährung ein, daß, weil die Kläger für den Genuß der Waldweide ein gewisses Geld als Gegenvergütung zu zahlen gehabt hätten, ihr Verhältniß, als nur in einer Pacht und Miethe beruhend, Seitens des Forsteigenthümers aufkündbar erachtet werden müsse. Dieser Schluß ist indessen um deshalb nicht richtig, weil das Gesetz auch Gegenleistungen bei Servituten kennt (§ 41 Tit. 22 Th. I A. L. R.), und es nicht ausschließt, daß dergleichen auch unter solchen Belastungen und Modificationen durch Verjährung erworben werden können (§ 28 a. a. O.); vielmehr muß aus den jedesmal vorliegenden faktischen Verhältnissen die Existenz eines dauernden oder precären resp. für gewisse Zeit bestehenden Rechts entnommen werden. Im vorliegenden Falle spricht Alles für Ersteres und gegen Letzteres: so namentlich die von den Zeugen bekundete stete Gleichförmigkeit der Leistung während der Verjährungsperiode, das Eintreiben des Viehes ohne vorherige Rückfrage beim Forsteigenthümer und ein erst späteres Zahlen des Weidegeldes, während Fremde die besondere Erlaubniß zur Hüthung nachsuchen mußten.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 9. November 1858: Die Zahlung eines Weidegeldes für die Hüthung schließt die Ersitzung der Weidegerechtigkeit nicht unbedingt aus. Zum Beweise dieser Ersitzung

---

1) Vergl. Simon und von Strampff, Rechtssprüche IV S. 288. Rechtsfälle des Ob. Trib. III S. 353.

Digitized by Google

genügt — außer dem Nachweise der alljährlichen Ausübung der Weide in dem guten Glauben eines zuständigen Rechts während der Verjährungszeit — die Unveränderlichkeit [1]) und der ungewöhnlich niedrige Betrag des Weidegeldes. [2])

Striethorst, Archiv B. 31 S. 126 f.

§ 2. Fortsetzung. Opinio juris in Gestalt des animus domini.

Sowohl in der Praxis des gemeinen als in der des Preußischen Rechts ist die Controverse hervorgetreten:

ob ein zur Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung geeigneter Rechtsbesitz anzunehmen sei, wenn Jemand als vermeintlicher Eigenthümer eines Grundstückes dasselbe zum Vortheil eines anderen ihm wirklich gehörenden Grundstückes gebraucht.

Bejaht wird diese Frage

a. von dem O. A. G. zu Lübeck in einem Erkenntnisse vom 17. Juni 1845, worin ausgesprochen ist:

Die gesetzlichen Vorschriften verlangen nur, daß wer eine Servitut erwerben wolle, solche in der Meinung eines ihm zustehenden eigenen Rechts, suo jure, geübt haben müsse,

l. 25 D. quemad. serv. amitt. (8, 6); l. 7 D. d. itin. actuque priv. (43, 19); l. 1 § 19 D. d. aqua quot. (43, 20).

und es wird dadurch jeder Gebrauch, dem diese Meinung nicht zum Grunde liegt, ausgeschlossen, so daß z. B. wer einen Weg als eine via publica oder mit dem Bewußtsein benutzt, daß ihm kein Recht daran zustehe, nicht verjähren kann. Allein daraus folgt nicht, daß der animus gerade speciell auf den Erwerb einer Servitut gerichtet gewesen sein müsse, und daß nicht der sogar weiter gehende animus dominii ebenfalls zu einem solchen Erwerbe dienen könne.

Seuffert, Archiv VIII Nr. 292.

---

1) Vergl. Präj. 19 vom 22. April 1833: Das Verhältniß der Büder, nach welchem sie die Hüthung gegen ein veränderliches Weidegeld ausüben, ist als ein Miethsverhältniß anzusehen und zur Verjährung des Hüthungsrechts nicht geeignet.

Präj.-Samml. S. 130.

2) Vergl. dagegen das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 8. April 1862: Hat die Holzlese gegen ein jährliches Entgelt stattgehabt, so genügt zum Nachweise der dreißigjährigen Ersitzung der Holzgerechtigkeit der Nachweis nicht, daß diese Gerechtigkeit während eines Zeitraums von dreißig Jahren stets frei, öffentlich und ungestört ausgeübt worden; vielmehr ist auch der Nachweis erforderlich, daß der Verjährende die Gerechtigkeit als sein eigen und nicht bloß miethweise in Besitz genommen und besessen habe.

Striethorst, Archiv B. 45 S. 181 f.

Digitized by Google

Desgleichen in einem von Römer (Entsch. des O. A. G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen III. 2 S. 66) mitgetheilten Erkenntnisse, welches ausführt:

> Handlungen, in der Meinung und Absicht der Eigenthumsausübung vorgenommen, sind geeignet, den Quasibesitz einer Servitut und deren Verjährungserwerb zu begründen: wer die Sache eines Andern in dem Glauben, daß sie ein Theil seiner eigenen Sache sei, benutzt, nimmt eben damit alle diejenigen Befugnisse an derselben in Anspruch, die, abgelöst, zu besonderen jura in re aliena gemacht werden können; sein animus ist also nur ein weitergehender, der, dem materiellen Gehalte nach, auch diejenige Absicht in sich schließt, die zum Besitze einer Servitut erforderlich erscheint.
>
> Schletter, Jahrbücher der deutsch. Rechtswiss. II S. 312.

b. von dem O. A. G. zu Cassel in dem Erkenntnisse vom 5. Februar 1848, worin ausgeführt wird:

> Beim Erwerb der Servitut durch unvordenklichen Besitz steht nicht entgegen, wenn der Besitzer während der Dauer seines Quasibesitzes sich selbst irrthümlich für den Eigenthümer des Grundstückes hält, woran die Gerechtsame ausgeübt wird; denn es ist nur erforderlich, daß er die Gerechtsame als ein, ihm zustehendes, dingliches Recht ausgeübt hat. Hieran fehlt es aber bei demjenigen nicht, der sogar das alle dingliche Rechte in sich begreifende Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke zu haben glaubt.
>
> Seuffert, Archiv VII Nr. 154.

Dagegen verneinen die obige Frage

a. ein Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 17. November 1854:

> Mehrere Gemeinderechtsbesitzer zu M. klagten gegen die politische Gemeinde daselbst auf Schutz im Besitze gewisser Waldungen, und eventuell auf Schutz im Besitze gewisser Dienstbarkeitsrechte an diesen Waldungen. Die erstere Klage wurde wegen Mangels thatsächlicher Begründung abgewiesen, indem man annahm, daß vielmehr die Beklagte sich im Besitze befinde; und hinsichtlich der eventuellen Klage, womit die Kläger gleichfalls abgewiesen wurden, in den Entscheidungsgründen bemerkt:
>
> Zur Begründung dieser Besitzesklage würde wesentlich gehören, daß die Kläger die fraglichen Nutzungsrechte in der Ab-

Digitized by Google

ſicht, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, ausgeübt hätten. Dieſe Begründung haben ſie ſich aber dadurch ſelbſt abgeſchnitten, daß ſie zunächſt und direct behaupten, ſie haben die Waldungen, aus welchen ſie das Brenn- und Bauholz bezogen, als ihr Eigenthum angeſehen. Wenn ſie nicht die politiſche Gemeinde, ſondern ſich ſelbſt für die Eigenthümer der Waldungen hielten, ſo konnten ſie bei dem Bezuge des Brenn- und Bauholzes unmöglich die Abſicht haben, ein Recht an einer fremden Sache, ein Dienſtbarkeitsrecht auszuüben, ſondern ſie mußten die von ihnen aus den Waldungen bezogenen Nutzungen als Ausflüſſe ihres Eigenthumsrechtes betrachten. Neben der Abſicht, das Eigenthumsrecht an einer Sache auszuüben, kann die Abſicht, ein Dienſtbarkeitsrecht an derſelben Sache auszuüben, nicht beſtehen; die erſtere Abſicht ſchließt die letztere nothwendig aus, und indem die Kläger zunächſt auf Schutz im Beſitz der Subſtanz (des Eigenthums) der Waldungen klagten, haben ſie damit von ſelbſt zugegeben, daß ſie im Beſitz eines Dienſtbarkeitsrechts an jenen Waldungen ſich nicht befinden.

Seuffert, Archiv VIII Nr. 220.

b. ein Erkenntniß des Ob. H. G. zu Mannheim:

Durch die Behauptungen und Zugeſtändniſſe beider Theile iſt feſtgeſtellt, daß zwiſchen ihnen ſeit langer Zeit Streit darüber beſtanden hat, ob die Diſtricte, um deren Beweidung es ſich jetzt handelt, zu dem Markeigenthum der klagenden oder der beklagten Gemeinde gehören, daß ſelbſt noch durch Erkenntniſſe der Adminiſtrativbehörden jene Diſtricte als zu der Gemarkung K. gehörig anerkannt wurden, und erſt in letzter (Adminiſtrativ-) Inſtanz ausgeſprochen worden, daß die fraglichen Diſtricte nicht zu der Gemarkung K., ſondern zu der Gemeinde D. gehören. Wenn nun die ſich bis zum Jahr 1838 für die Markherrin dieſer Diſtricte haltende Gemeinde K. dieſelbe auch gleichmäßig, wie ihre wirkliche Gemarkung, und wenn auch noch ſo lange, beweidete, ſo fehlt dieſer Handlung jedes Merkmal dafür, daß ſie von der Gemeinde K. in der Abſicht unternommen wurde, um auf fremden Gütern eine Grunddienſtbarkeit im civilrechtlichen Sinne auszuüben; es muß vielmehr unter den obwaltenden Umſtänden unterſtellt werden, daß die Gemeinde K. nur eine Befugniß öffentlich rechtlicher Natur, nämlich eine ihr als Markherrſchaft auf ihrer Gemarkung zuſtehende gemeinheitliche Schäferei habe üben wollen. Der von

Digitized by Google

ihr geltendgemachte Besitz ist daher kein unzweideutiger, das heißt, kein solcher, aus welchem ihre Absicht geschlossen werden könnte, daß sie eine privatrechtliche Grunddienstbarkeit, wie sie eine solche jetzt anspricht, habe erwerben wollen, und deshalb ist dieser Besitz auch nicht zur Ersitzung einer solchen Dienstbarkeit geeignet.

Ebendas. Nr. 236.

c. das (vormalige) O. A. G. zu Wolfenbüttel in Erkenntnissen vom Jahre 1823 und 1843, worin angenommen ist:

daß die Besitzhandlungen, welche zur Ersitzung einer Dienstbarkeit führen sollen, so beschaffen sein müssen, daß aus ihnen die Absicht, sich das Servitutrecht zuzuschreiben, unverkennbar hervorgeht.

Busch, die Stimme der Praxis S. 48. [1])

Unser höchster Gerichtshof hat in seinen Ansichten gewechselt.

In dem Erkenntnisse vom 10. Juli 1851 ist angenommen:

Auch derjenige kann eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben, welcher das Grundstück, gegen welches dieselbe ausgeübt worden ist, in der Meinung besessen hat, dessen Eigenthümer zu sein.

Striethorst, Archiv Bd. 3 S. 38 f.

dagegen in dem Erkenntnisse vom 9. Februar 1852 der Rechtssatz aufgestellt:

Negative Rechte können nur auf fremde Sachen erworben werden, auf deren Beschränkung der Wille des Handelnden gerichtet ist. Der Besitz eines negativen Rechts kann daher nicht erworben werden, wenn der Besitzer

---

1) Seuffert in seinem Archiv B. 8 S. 409 erklärt diese Ansicht für die richtige, da der Quasibesitz einer Gerechtsame erst dann als erworben zu betrachten sei, wenn der Erwerber sich wirklich in der Ausübung des in Frage stehenden Rechts befunden habe (vergl. Puchta in Weiske's Rechtslexicon II S. 69). Dahin gehöre aber vor Allem der animus possidendi, d. h. die Richtung des Willens auf dieses Recht.

Busch a. a. O. S. 48 stimmt dieser Ansicht vollkommen bei; „denn sonst ist der Erwerb der Servitut durch Ersitzung etwas rein Zufälliges, während sich diese doch gerade dadurch charakterisirt, daß sie Ausübung eines bestimmten dinglichen Rechts an einer fremden Sache zum Zwecke hat. Auch kann man nicht sagen, daß die auf Ausübung eines Servitutenrechts gerichtete Absicht, da dieses einen Bestandtheil fremden Eigenthums in Anspruch nehme, in dem animus dominii stets enthalten sei, weil hier bei der charakteristischen Verschiedenheit beider Rechte der Grundsatz Anwendung finden muß: Unius positio est alterius exclusio. Denn die eine Absicht schließt die andere allerdings aus."

Digitized by Google

der den Gegenstand des Rechts bildende Sache als Eigenthümer zu besitzen glaubt. [1])

Entscheid. B. 22 S. 304 f.

Das Erkenntniß vom 13. Juni 1854 entschied sich jedoch für die frühere Ansicht, indem es den Grundsatz anerkannte:

Demjenigen, welcher das Eigenthum des im Besitze eines Dritten befindlichen Grundstückes erfolglos in Anspruch genommen hat, kann, wenn er hiernächst gegen eben dasselbe eine Servitut auf Grund der Verjährung geltend macht, der Einwand nicht entgegengesetzt werden, daß er die betreffenden Besitzhandlungen in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthums vorgenommen habe. (Präjudiz 2529).

Ebendas. B. 28 S. 116. f.

Dieses Präjudiz ist denn auch durch den Plenarbeschluß vom 3. März 1862 aufrecht erhalten worden, welcher dahin geht:

Der Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung kann auch auf Besitzhandlungen gegründet werden, welche der Prätendent der Servitut unter der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthums an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat. (Präjudiz 2721.)

Ebendas. B. 47 S. 15 f.

Die Motive dieses Beschlusses sind im Wesentlichen folgende:

Der Besitz an Sachen wie an Rechten ist ein rein factisches Verhältniß, welches zwei Seiten hat, eine äußere: die Detention, und eine innere: den animus. Das der Detention correspondirende Wollen ist der animus possidendi, und weil die Detention ein rein factisches äußeres Verhältniß ist, so ist auch der animus possidendi nur das innere Wollen eines rein factischen, nicht aber eines Rechtsverhältnisses, nur ein auf eine thatsächliche Verfügungsgewalt gerichtetes Wollen. Dieser animus bleibt derselbe, möge auch der Besitzer im Besitze von vollem oder von nutzbarem Eigenthum sich befunden haben, und ein Irrthum in der rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks hat auf den Besitz keinen Einfluß. Wie es sich mit dem Eigenthume und mit dem, demselben als einem Rechte entsprechenden thatsächlichen Verhältnisse des Besitzes verhält, eben so verhält es sich zwischen einem jus in re und der ihm entsprechenden quasi-possessio. Die jura in re, namentlich die affirmativen Servituten des römischen Rechts, sind einzelne von dem Eigenthume abgelöste Bestandtheile desselben, welche auf einen anderen Träger, als den Eigenthümer übergegangen sind. Aber die Ausübung dieser einzelnen Bestandtheile des Eigenthums bleibt thatsächlich dieselbe, die äußere Ausübung und das innere Wollen, der animus, unverändert, möge man einen solchen Bestandtheil, als vom Eigenthum nicht gesondert, oder als selbständigen Ausschnitt

1) Die Herausgeber des Archives für Rechtsfälle halten diese Entscheidung für die richtigere, indem sie bemerken: die opinio des vermeintlichen Eigenthumsbesitzers ist nicht eine weitere, sondern eine durchaus andere, als die opinio desjenigen, der ein negatives Recht auf fremdes Eigenthum zu besitzen meint: die eine schließt die andere vollständig aus.

Archiv für Rechtsfälle B. 6 S. 43.

Digitized by Google

des Eigenthums exerciren. Nur die Rechtsbegriffe sind einander entgegengesetzt: Ausfluß aus dem Eigenthum an der eigenen Sache, und ein Ausschnitt des Eigenthums an einer fremden Sache. Jedoch eben so wenig, wie zum animus possidendi beim Sachbesitze gehört, daß der Wille auf den Rechtsbegriff des Eigenthums gerichtet sei, eben so wenig gehört es zur quasipossessio einer Prädial-Servitut: daß der animus auf den Rechtsbegriff eines Rechts an einer fremden Sache gerichtet sein müsse. Es folgt dies aus dem Umstande, daß der Begriff der quasipossessio dem der possessio nachgebildet ist, und auch aus der Auslegung der l. 25 D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) l. l. 1, 7 D. de itinere (XLIII. 19.), l. 1 § 19 D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) und l. 10. D. si serv. amitt. (VIII. 5.), so wie aus dem Umstande, daß es an einer Stelle fehlt, welche zwischen den beiden festen Grundsätzen,

1) daß objectiv nulli res sua servit und

2) daß subjectiv der Berechtigte überhaupt jure suo uti se credidit,

noch verlangt, daß der Berechtigte auch das Bewußtsein gehabt haben müsse, die betreffende Handlung in einer fremden Sache vorzunehmen. Ein solches Erforderniß hat auch gar nicht aufgestellt werden können, wenn man voraussetzt, daß die römischen Juristen von den richtigen Begriffen der possessio und quasipossessio ausgegangen, wonach der animus nicht auf Rechtsbegriffe, sondern auf factische Verhältnisse gerichtet ist.

Zu demselben Ergebnisse führen die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts. Die in patiendo bestehenden Servituten des Römischen Rechts, die sogenannten affirmativen Servituten, fallen in den allgemeinen Begriff des Allg. Landr. von negativen Rechten. §§ 81. 82. Tit 7 Th. I.

Zum Rechtsbegriff eines negativen Rechts gehört also wesentlich: daß „der Andere" der Handlung widersprechen konnte. Für die auf ein Dulden des dienenden Grundstücks gehenden Grundgerechtigkeiten beruhet dies Widersprechenkönnen eben darauf: daß der Handelnde die Handlung in einem oder gegen ein fremdes Grundstück vornimmt, dessen Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums widersprechen konnte. Für den Erwerb des Besitzes an einer solchen Grundgerechtigkeit ist also objectiv eben so wie zur juris quasipossessio des römischen Rechts wesentlich nöthig: daß das von der Handlung betroffene Grundstück ein fremdes sei.

Sehr deutlich ist dies Erforderniß aber im § 81 wieder objectiv gehalten worden. Nichts deutet darauf hin, daß der Handelnde subjectiv vor Augen haben müsse, daß und warum ein Anderer widersprechen könne. Hat er freilich wirklich im eigenen Grundstücke gehandelt, so hat er nicht den Besitz eines negativen Rechts erlangt, insofern kein Anderer auf Grund des Eigenthums am Grundstücke widersprechen konnte, hat er aber nur in der irrigen Meinung, daß er der Eigenthümer sei, gehandelt, so hat er dennoch eine Handlung vorgenommen, welcher der Andere auf Grund seines Eigenthums widersprechen konnte und nach §§ 83 bis 85 zeitig widersprechen mußte, wenn der Handelnde nicht den Besitz des negativen Rechts erlangen sollte....

Weiterhin wird zur Unterstützung der neueren Ansicht auf die Materialien unseres Landrechts, so wie endlich auf die in Deutschland,

Digitized by Google

namentlich in Preußen, bei Grundstücken nebeneinander bestehenden, verschiedenartigen Berechtigungen hingewiesen.

Der gedachte Plenarbeschluß ist bereits zum Gegenstande theoretischer Erörterungen gemacht worden.

Der Stadtrichter Koch (in der Deutschen Gerichts-Zeitung Jahrgang 1863 S. 69) hält die Gründe des Plenums für überzeugend, indem er sich dahin ausspricht:

> Es ist ein unerfindlicher Rechtssatz, daß der Spezialität des durch die Verjährung zu erwerbenden Rechts auch die Spezialität der Willensrichtung entsprechen müsse. So wenig beim Sachbesitz ein auf den Rechtsbegriff des Eigenthums gerichteter animus erforderlich ist, eben so wenig gehört es zum Erwerbe des Rechtsbesitzes, daß der Wille auf den Rechtsbegriff des Rechts an einer fremden Sache gerichtet sei. In beiden Fällen genügt vielmehr neben dem corpus ein diesem rein thatsächlichen Verhältnisse entsprechendes, also nur auf eine thatsächliche Verfügungsgewalt gerichtetes Wollen. Es ist nur ein quantitativer und darum unerheblicher Unterschied, ob der Wille die Totalität der Eigenthumsbefugnisse umfaßt oder ausschließlich auf eine einzelne Befugniß gerichtet ist. Etwas von diesen aus dem Begriffe des Besitzes an Sachen und Rechten fließenden Grundsätzen Abweichendes ist weder in den einschlagenden Vorschriften des G. R. l. 25 D. 8, 6; l. 1 § 7 D. 43, 19; l. 1 § 19 D. 43, 20; l. 20 D. 8, 5), noch in denen hier nicht prinzipiell abweichenden des Pr. R. (§§ 81, 82 I. 7.; § 627 I. 9; § 14 I. 22) zu entdecken. Auch von dem, welcher Eigenthümer des fundus zu sein meinte, läßt sich sagen, „jure suo uti se credidit;“ er handelte in der Meinung, „daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe;“ er hat das Recht „als sein eigen,“ „als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung“ in Besitz genommen und besessen. Für Deutsche und Preußische Besitzverhältnisse tritt noch als Grund die mangelnde Schärfe in der rechtlichen Qualification hinzu, welche der Rechtsausübung überall anhaftet und die Preußische Agrargesetzgebung dahin geführt hat, die rechtlich höchst verschiedenen Fälle einer Konkurrenz mehrerer Nutzungsberechtigten an demselben Grundstücke wesentlich gleichartig zu behandeln.

Koch geht insofern noch weiter als das Ober-Tribunal, als er am Schlusse seiner Besprechung die von diesem festgehaltenen Prämissen:

a) daß der Kläger vor der Klageanstellung die Ersitzung bereits vollendet haben müsse;

b) daß der Usucapient seine Besitzhandlung nur in Bezug auf ein anderes Grundstück und in der Eigenschaft als Besitzer desselben ausgeübt habe,

c) daß nur die außerordentliche Ersitzung in Frage sei,

als unerheblich darzustellen sucht.

Eine entgegengesetzte Beurtheilung hat der in Rede stehende Plenarbeschluß von dem Professor Dr. Paul Hinschius (in der Preuß-

Digitized by Google

Anwalts-Zeitung Jahrg. 1863 S. 38 f. S. 47 f.) erfahren. Derselbe stellt das Bedenken entgegen:

Es wolle ihm scheinen, als ob bei einer konsequenten Festhaltung der Annahme des Ob. Trib. jeder Unterschied zwischen possessio und quasi-possessio, von denen die erstere das Erforderniß der Sachersitzung und die zweite das der Servitutenersitzung bildet, aufhöre, ein Unterschied, welchen unser Landrecht unzweifelhaft ebenfalls kennt.

Fragt man nämlich — so führt er weiter aus — worin dieser Unterschied besteht, so kann darauf nicht geantwortet werden, daß er in der Vornahme irgend einer Handlung an sich liegt, z. B. in dem Hüten der Schafe auf einem Grundstücke, in dem Gehen über ein solches und Aehnlichem. Das Alles kann der Eigenthümer, der Besitzer des Grundstücks, der bloße Detentor desselben und derjenige, welchem blos die quasi possessio zusteht, thun. Vielmehr qualificirt sich die Handlung erst dadurch genauer, daß der Wille auf sie Einfluß übt und ihr dadurch ihren besonderen Charakter aufprägt. Bei der possessio übt die betreffende Person die Handlung aus, weil ihr Wille auf die Totalität der Sache als solcher gerichtet ist und die einzelne Handlung ist hier nichts als eine der verschiedenartigen Manifestationen, in denen ihr Wille in die äußere Erscheinung tritt. Allerdings gehört, wie das Ober-Tribunal richtig bemerkt (S. 27), nicht zum animus possidendi, daß der Wille beim Sachbesitze auf den Rechtsbegriff des Eigenthums gerichtet sei, aber es muß doch ein animus rem sibi habendi sein, d. h., der Wille muß gerichtet sein auf den Gebrauch der Sache als solcher, also auf die mögliche Vornahme verschiedener Handlungen mit oder auf derselben, ohne, daß sich der Inhaber der hierbei in Frage kommenden juristischen Begriffe bewußt zu sein braucht. Aber der auf die Sache in ihrer Totalität gerichtete animus ist gerade das charakteristische, wodurch sich der Sachbesitz von der quasi possessio unterscheidet. Bei letzterer nimmt die betreffende Person nur eine bestimmte Handlung oder eine bestimmte Art von Handlungen vor, sie will, daß die Sache ihr nur in einer gewissen Richtung hin unterworfen ist, soweit, daß sie die Handlung, welche der faktische Ausdruck eines Rechtes, z. B. der Servitut ist, vollziehen kann, darum läßt sich hier blos von einem Rechtsbesitz sprechen. Wenn das Ober-Tribunal nun sagt, es würde nirgends verlangt, daß der Berechtigte auch das Bewußtsein haben müsse, die betreffende Handlung in einer fremden Sache vorzunehmen, so ist dies — abgesehen von dem Einfluß auf die etwaige bona fides — ganz unerheblich. Dieses Bewußtsein braucht der Rechtsbesitzer allerdings nicht zu haben, es ist völlig gleichgültig, wie sich sein Wille zu seinem Bewußtsein verhält, aber er darf nie den Willen haben, die Sache als solche zu gebrauchen, weil er dann — beim Hinzutreten der erforderlichen physischen Herrschaft — Sachbesitzer wird.

Sind aber sonach Sachbesitz und Rechtsbesitz zwei Begriffe, welche sich durch die Qualität des animus unterscheiden, und welche sich in Folge derselben ausschließen, so daß sie beide nie zusammen in Bezug auf dieselbe Sache existiren können, so folgt daraus, daß gerade das Umgekehrte des vom Ober-Tribunal S. 33 aufgestellten Satzes: „der Besitz

Digitized by Google

einer Grundgerechtigkeit an einer Sache, quasi-possessio einer Prädial-Servitut, sei nicht ein aliud, sondern ein minus, als der Sachbesitz an eben derselben Sache," für richtig zu erachten ist. Die Behauptung des Ober-Tribunals wäre nur dann richtig, wenn der Quasi-Possessor durch die quasi-possessio zugleich den Besitz der Sache selbst hätte.

Weiter ergibt sich, daß der Sachbesitzer — und das ist derjenige, welcher die den Gegenstand des Rechtes bildende Sache als Eigenthümer zu besitzen glaubt oder mindestens will er Sachbesitzer sein, wenn das physische Verhältniß zur Sache nicht so ist, daß er sie detinirt — nie den Quasibesitz des Rechtes gehabt hat: denn hat er die Sache wirklich besessen, ist die quasi-possessio ausgeschlossen, und sollte er eine dem animus beim Sachbesitz entsprechende Detention nicht wirklich gehabt haben, so hat er nichts ausgeübt, den Sachbesitz nicht, weil animus und corpus nicht korrespondirten, den Rechtsbesitz nicht, weil, wenn auch die Handlung diesem entsprach, dafür der erforderliche animus nicht da war. Da nun aber zur Ersitzung von Grundgerechtigkeiten die quasi-possessio gehört, und diese nach Obigem nicht vorhanden ist, so fehlt eins der wesentlichsten Requisite derselben.

Was die vom Ober-Tribunal angezogenen, oben angeführten Pandekten-Stellen betrifft, so entscheiden diese die Frage nicht, sie sprechen also auch nicht für das Ober-Tribunal; die Ausführung desselben über die Bedeutung der §§ 81. 82. Tit. 7 Th. I. A. L. R. treffen aber die Sache nicht, denn aus den Worten des § 82: „so muß aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm solches fortdauerndes Recht zustehe, deutlich erhellen," und ebenso aus dem Wort „Recht" im § 81 ergiebt sich, daß der Handelnde nur seinen Willen in einer beschränkten Art hat manifestiren, d. h. daß sein animus nur auf die quasi-possessio hat gehen müssen, weil er ja sonst als Sachbesitzer anzusehen wäre.

Schließlich muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß sich das Ober-Tribunal durch die Restriktion, welche es seinem Plenarbeschluß giebt, selbst schlägt. S. 26 ist, wie bereits bemerkt, gesagt: „Ferner ist nicht außer Acht zu lassen, daß man bei der zu entscheidenden Rechtsfrage lediglich von einem Sachverhalte auszugehen habe, wo der Usucapient seine Besitzhandlungen auf einem Grundstück nur in Bezug auf ein anderes Grundstück und in der Eigenschaft als Besitzer desselben ausgeübt hat, also nicht lediglich auf Grund eines subjektiven Eigenthumsrechtes ohne Bezug auf ein anderes Grundstück." Das heißt also derjenige, der Eigenthümer eines Grundstücks zu sein glaubt, und in Folge dessen eine bestimmte Handlung ausübt, z. B. darüber geht, dort Vieh weiden läßt, muß noch Eigenthümer oder Besitzer eines andern Grundstücks sein. Nimmt er aber eine Handlung auf dem dienenden Grundstücke vor, die den Inhalt einer Grundgerechtigkeit bildet, während er Eigenthümer desselben zu sein glaubt, so geschieht dies kraft des ihm angeblich zustehenden Eigenthums, er übt die Handlung als Eigenthümer des dienenden Grundstücks, und nicht als Vertreter des herrschenden aus, und die Vornahme der betreffenden Handlung steht also mit dem betreffenden praedium dominans in keiner rechtlichen Verbindung, sie ist juristisch nicht für dasselbe

Digitized by Google

ausgeübt, mithin kann also auch gar nicht für dasselbe eine Grundgerechtigkeit dadurch ersessen werden.

Wir stehen nicht an, uns diesen Bedenken anzuschließen. Der Besitz läßt sich nicht in der Weise, wie es das Ober-Tribunal — und mit ihm Koch — thut, als ein rein thatsächliches Verhältniß auffassen. Dieser Gesichtspunkt ist am wenigsten an seinem Orte, wenn es sich um die quasi possessio — also nur um ein besitzähnliches Institut — handelt. Hier vor Allem gilt der Satz des Papinian: plurimum ex jure possessio mutuatur... possessio non tantum corporis, sed et juris est (l. 49 pr. und § 1 D. de acq. s. am. poss. 41, 2). Der Rechtsbesitz erhält seinen Charakter lediglich durch den animus des Handelnden und zwar durch die bestimmte Richtung dieses animus. Dies ist für das Preuß. Recht im § 82 Tit. 7 Th. I A. L. R. sehr bestimmt ausgesprochen. Wer auf einem Grundstücke, dessen Eigenthümer er zu sein glaubt, zur besseren Benutzung eines anderen von ihm eigenthümlich besessenen Grundstückes fortdauernd Handlungen unternimmt, kann gar nicht die Absicht haben, dadurch einen Rechtszustand, nämlich ein Dienstbarkeitsverhältniß unter diesen Grundstücken zu manifestiren. Er hat nichts Anderes gethan, als über eine seiner thatsächlichen Herrschaft unterworfene Sache, gleich einem Eigenthümer, nach freier Willkür geschaltet, damit aber nur einen Sachbesitz, keinen Rechtsbesitz ausgeübt. Letzterer läßt sich ohne die bewußte Beschränkung einer fremden Rechtssphäre gar nicht denken; er erfordert schon seiner Natur nach eine solche Willensthätigkeit, welche sich auf fremdem Rechtsgebiete geltend macht, indem sie gegen einen Andern ein Dulden oder Nichtthun als eine ihm obliegende Verpflichtung durchsetzt. Eine solche Willensrichtung fehlt in dem hier vorausgesetzten Falle gänzlich. Sollten die von dem vermeintlichen Eigenthümer in Ausübung seines Sachbesitzes vorgenommenen Handlungen für geeignet zu erachten sein, ihm eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung zu verschaffen, so hätten wir in der That einen Rechtserwerb ohne alles Wollen des Erwerbers. [1])

1) Daß das Ober-Tribunal mit seiner Ansicht — den gemeinrechtlichen Schriftstellern gegenüber — fast vereinsamt dasteht, ist in den Motiven des Plenarbeschlusses selbst, unter Anführung der betreffenden Schriftsteller, anerkannt. Vergl. auch die oben (S. 40) in der Note 1 angeführten Rechtslehrer, desgl. Hofacker, Princip. jur. civ. § 1100: In quasipossessione servitutis is esse dicitur, qui praedio alterius ad praedii sui utilitatem tanquam ex servitute sibi constituta, neque ideo animo dominii vel familiaritatis exercendae, utitur patiente adversario.

Digitized by Google

§ 3. Fortsetzung. Gehört zum Rechtsbesitze auch das Wissen und Dulden (scientia et patientia) des Gegners?

Diese Frage wird von älteren Rechtslehrern vielfach bejaht.

Mevii Decis. IX. 165:... Probanda, idcirco articulanda haec sunt per illos, qui ex jure praescriptionis semet in servitutis usu defendere volunt... Secundo, actus ad praescriptionem tendentes factos esse sciente vel patiente eo, cujus fundus fuit,... cum illa scientia et patientia in praescriptionibus longioris temporis pro titulo sit, ideo alius titulus non requiratur..[1])

Carpzov. Opus Decis. dec. 288 Nr. 2—4:... Cum jura qualiacunque etiam sint, quasi dicantur possideri, nec illa a praescriptione eximenda erunt, subintrante in verae possessionis locum quasi possessione, quam operatur scientia et patientia adversarii non impedientis me praetenso jure uti, eaque deinceps juncta cum usu meo juris, quod intendo praescribere, traditionis loco est.[2])

Profluit hinc requisitum ad praescriptionem servitutis maxime necessarium: scientia nimirum et patientia adversarii, puta domini fundi servientis, daß einer mit Vorwissen und Gedult des Grundherrn so viel Jahrlang sich der servitut gebrauchet, sine qua nunquam valida erit praescriptio.

Brunnemann, Com. in C. ad l. 2 de serv. et aqua (3, 34) Nr. 1 sq. ..servitus acquiritur longo tempore.. sed requiritur hic etiam scientia domini s. possessoris fundi servientis, quod ex hac ratione probatur: quod sine possessione nulla currat usucapio vel praescriptio, ergo etiam in praescriptione servitutis quasi possessio requiritur; sed quasi possessio in servitutibus et usus juris in alieno, patiente domino. Nam licet jure in alieno utar, non tamen utor ut servitute, nisi id concedente et patiente atque adeo sciente domino fiat. Ergo ipsa quasi-possessio servitutis patientiam, et adeo scientiam domini requiritur, licet in corporalibus scientia domini non requiratur.

Müller i addit. ad Struv. syntag. jur. civ. Exerc. XIII. th. 39 not. j.:.. haec sententia, quod in praescriptione servitutum scientia et patientia domini sit necessaria, communiter est recepta. Nota I. Jure novo, postquam servitutes ad exemplum aliarum rerum immobilium usucapi coeperunt, jus vetus, quod in praescriptione servitutum scientiam requirit et patientiam domini, non reperitur mutatum. II. Pa-

---

1) cf. Gail II. Observ. Nr. 6: scientiam et patientiam disertis verbis articulandam esse.

2) cf. Ant. Faber Conject. jur. civ. lib. 19 c. 10: Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quando quidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet...

Digitized by Google

tientia, tanquam initium praescriptionis necessaria. Eamque dicitur praestare, contra quem praescribitur, quando contra factum usurpatae servitutis nihil fecit et ita usucapionem tolerat.

Rave, Princip. univ. doctr. de praescript. § 77:... in servitutibus affirmativis probandum esse

a. actus possessorios intervenisse...

c. cum scientia et patientia domini susceptos esse hos actus, quod imprimis necessarium est, si quis ex quasi possessione servitutis per longum tempus praescriptionem deducit.

Vergl. auch Vinnii select. quaest. I cap. 31. — Leyser, Jus Georgic. Lib. III cap. 10 Nr. 48.

Aber auch die entgegengesetzte Ansicht findet schon unter den älteren Civilisten entschiedene Anhänger.

Voet, Com. ad P. VIII 4 Nr. 4: Neque ad hanc servitutum praescriptionem scientia domini praedii servientis desideratur l. ult. C. de praescr. l. t. sive quis ex concessione ejus, qui non dominus sed tantum possessor est, servitutem per fundum vicini exerceat; sive per praedium a vero domino possessum servitute quasi concessa, quae tamen nunquam concessa fuerat, palam utatur, domino ignorante, cum l. ult. cit. non distinguat, et utrobique eadem militet a difficultatis inextricabilis occassione petita ratio in l. cit. allegata. Licet haud sit eundum inficias, quin de facto scientia domini concurrere possit, ac posteriore in casu frequenter concurrat: quo modo et eandem intervenisse commemoratur in l. 2 C. de serv. et aqua...[1])

Hofacker, Princip. jur. civ. § 1100: Ut vero legitim procedat hujusmodo acquisitio... duo requiri dicuntur: usus primum, qui in servitutibus negativis non procedit, nisi post factam prohibitionem; deinde patientia alterius, quae sufficit, etiamsi scientia ejus non probatur.

---

1) „Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesivisti."

Unterholzner II § 212 S. 176 bemerkt über diese Stelle: Eine eigenthümliche Schwierigkeit ist in dieser Lehre dadurch entstanden, daß die l. 2 C. de serv. 3, 34. (s. § 198 Nr. 7) wegen der Worte „eo sciente" zu fordern scheint, die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts müsse demjenigen bekannt sein, welcher dadurch beschränkt wird. Da man nicht annehmen kann, daß dies sich von selbst verstehe, wenn nicht der Vorwurf der Verheimlichung den Besitz treffen soll, so hätten wir hier ein Erforderniß, daß bei keiner andern Verjährungsart vorkommt, und das uns deswegen um so mehr auffallen muß, weil außer der l. 2 cit. keine andere der über Dienstbarkeitsersitzung sprechenden Stellen davon Erwähnung thut. Wenn wir überdies erwägen, daß die l. 2 ein kaiserliches Antwortschreiben ist, bei dem wir manche Nebenumstände aus der uns unbekannten Anfrage zu dessen Erklärung vorauszusetzen berechtigt sind, so müssen wir Bedenken tragen, eine solche Wissenschaft für nothwendig zu halten. Darum war sie aber keineswegs unwichtig; denn wenn sie in einem besonderen Falle vorhanden war, so war entschieden, daß der Dienstbarkeitsbesitz nicht als ein heimlicher angesehen werden konnte. Diese Betrachtung genügt vollkommen, um uns die Erwähnung jenes Umstandes in der l. 2 cit. erklärlich zu machen.

Digitized by Google

Ja, es hat diese Ansicht sehr bald ein entschiedenes Uebergewicht erlangt [1]) und wird auch von den neueren Juristen festgehalten. [2])

Dieselbe hat sich denn auch in der Praxis Geltung verschafft:

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 21. September 1824: Wenn es gleich in der l. 2 C. de serv. (3, 34) heißt:

„Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti —"

so kann doch aus dieser Entscheidung eines besondern Falles, wo eben die als vorhanden behauptete Wissenschaft des Eigenthümers jeden Zweifel, daß keine possessio clandestina vorliege, beseitigte, kein allgemeiner Schluß auf die Nothwendigkeit der scientia domini gezogen werden; vielmehr genügt es, um den Besitz in dieser Hinsicht als fehlerfrei zu betrachten „celandi animum non habere possessorem,"

fr. 5 § 3 quod vi aut clam (43, 24), vgl. fr. 6 pr. de acquir. vel amitt. poss. (41, 2),

und kann wenigstens dann eine scientia domini nicht für erforderlich geachtet werden, wenn der possessor servitutis dieselbe a non domino, interveniente justo titulo, constituirt erhalten hat.

Const. 12 in f. de praescr. longi temp. (7, 33).

Seuffert, Archiv XV Nr. 109.

Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 29. November 1854: Wenn gleich die Zeugen nichts davon erfahren haben, ob die Klägerin und deren Vorbesitzer von den bezeugten Besitzhandlungen Kunde erlangt haben, so kann doch den Umständen nach, ungeachtet der sehr beträchtlichen Entfernung des dienenden Grundstückes von dem Wohnorte der Klägerin, nicht angenommen werden, daß die Besitzhandlungen, worauf es hier nur ankommt, heimlich vorgenommen worden; vielmehr kann bei der Länge der Zeit aus der Häufigkeit der Besitzhandlungen, bei welchen stets eine große Zahl von Arbeitern beschäftigt war, es kaum als möglich gedacht werden, daß dieselben heimlich vorgenommen worden.

Ebendas. IX Nr. 130.

---

1) Münter, das Weiderecht (Hannover 1804), beklagt dies mit vielem Eifer, indem er § 121 a. E. sagt:

„Der Strudel der allgemeinen Meinung hat die richtigeren Grundsätze verschlungen und statt dessen den Grundsatz ausgeworfen, daß eine so öffentlich ausgeübte Gerechtsame, welche demjenigen, gegen den verjährt werden soll, wenigstens bekannt werden können, für eine wirklich zu seiner Wissenschaft gediehene anzunehmen sei und dieselben rechtlichen Folgen hervorbringe: So wird articulirt, erkannt, und so muß mit dem Strom geschwommen werden, obgleich er an den Klippen des reinen Gesetzes sich schäumend bricht."

2) Vergl. Hasse, über den Erweis der Servituten-Ersitzung (im Rhein. Museum II. Heft 4 (1828) S. 394 f.) v. Savigny, System IV S. 494 Not. g. v. Keller, Pandekten § 182.

Digitized by Google

Was unser Preußisches Recht betrifft, so läßt sich in den Worten des § 81 Tit. 7: „eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte" eine Hinweisung auf die scientia et patientia domini als Erforderniß der Besitzerwerbung finden.

So hat denn auch unser höchster Gerichtshof in dem Erkenntniß vom 28. October 1850 ausgesprochen:

> Aus den §§ 81, 107 Tit. 7 Th. 1 A. L. R. folgt, daß eine Handlung, von welcher der Eigenthümer gar keine Kenntniß erhalten hat, den Erwerb des Besitzes eines negativen Rechts nicht begründen kann, indem ohne solche Kenntniß der dem Eigenthümer zustehende Widerspruch nicht denkbar ist. Nun kann und muß zwar aus der freien und öffentlichen Ausübung auf die Kenntniß geschlossen werden (§§ 98 f. a. a. O.). Wenn der Verklagte aber die Kenntniß der die Besitzergreifung begründenden Handlung ausdrücklich bestreitet, und der Kläger nicht einmal das Gegentheil behauptet, so läßt sich dem Richter, der die Besitzergreifung nicht angenommen hat, eine Verletzung des § 81 nicht vorwerfen.
>
> Just.-Min.-Bl. 1854 S. 103.

desgleichen in dem Erkenntniß vom 19. Februar 1858 den Rechtssatz angenommen:

> Eine nicht zur Kenntniß des Betheiligten gelangte und darum auch zur Möglichkeit des Widerspruchs nicht gediehene Handlung erscheint nicht geeignet, den Erwerb des Besitzes eines negativen Rechts zu begründen.
>
> Striethorst, Archiv B. 29 S. 143 f.

In solcher allgemeinen Fassung ist jedoch dieser Grundsatz nicht anzuerkennen. Ja, es läßt sich überhaupt in Zweifel stellen, ob der § 81 a. a. O. auf die scientia domini zu beziehen sei. Derselbe handelt von dem Besitzerwerbe eines negativen Rechts, d. h. des Rechts, von einem Andern zu fordern, daß er etwas leide. Es liegt daher nichts näher, als daß im § 81 die Handlung, durch welche sich ein solches Recht kund gibt, charakterisirt werden sollte. Dies ist aber eine Handlung, welche — abgesehen von einer gegenüberstehenden besondern Verpflichtung — der Andere nicht zu leiden braucht, weil sie einen Eingriff in seinen Rechtskreis enthält, welcher er also widersprechen konnte, d. h. durfte. Hiermit steht auch der § 107 a. a. O. in vollem Einklange. Denn wenn hier gesagt wird:

> „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege,"

so ist damit eben die im § 81 vorausgesetzte, den Besitz eines negativen Rechts verschaffende Handlung ihrem materiellen Inhalte nach näher

Digitized by Google

gekennzeichnet, nämlich als eine solche, bei der die rechtliche (nicht die faktische) Möglichkeit eines Widerspruchs obwaltete. Der Umstand, daß der Andere nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen keine Wissenschaft von der betreffenden Handlung erlangt hat, daß ihm also keine Veranlassung zum Widerspruch gegeben war, kommt nicht bei der Besitzergreifung selbst, sondern immer nur in sofern in Betracht, als es sich um die Fehlerhaftigkeit derselben handelt, nämlich um die Frage, ob die betreffenden Besitzhandlungen nach der Art ihrer Vornahme sich der Kenntniß des Andern entzogen haben, mit einem Worte, ob sie als heimliche anzusehen sind. In dieser Beziehung bestimmen aber die §§ 99, 100 a. a. O. ausdrücklich:

> „Handlungen, welche dem Andern nur durch seine eigene oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben, sind für heimlich unternommen nicht zu achten."
>
> „Vielmehr muß die Absicht, die Handlung zu verheimlichen, aus der ungewöhnlichen Zeit, wo sie vorgenommen, aus den Anstalten, welche, um sie der Kenntniß des Andern zu entziehen, getroffen worden, oder aus andern vorhergehenden, begleitenden oder nachfolgenden Umständen klar erhellen." [1])

Dieser Gesichtspunkt findet sich auch in folgender Entscheidung unseres Ob.-Trib. vom 4. Oktober 1853 (in Sachen Elias Marks wider Bernh. Haarhoff M. 277) anerkannt:

> Der Angriff des Imploranten beruht auf einer Deduction aus den §§ 82—85. 95 und 106 Tit. 7 Th. I A. L. R., welche ihn zu der Behauptung führt, daß zur Besitzergreifung eines negativen Rechts, außer derjenigen Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, aber nicht widersprochen hat, noch der Beweis geführt werden müsse über die scientia oder das wissentliche Dulden des Andern. Es bedarf indessen eines weitern Eingehens auf die Rechtsausführungen nicht. Denn gegen die Verheimlichung und das Precarium streitet nach §§ 98—101 und 106 a. a. O. die Vermuthung; wer also gegen diese Präsumtionen etwas behauptet, muß es mit Rücksicht auf § 27 Tit. 13 der Proz.-Ordnung beweisen...

---

1) Vergl. Mevii Decis. VII. 170: Clam non possidet, qui quidquam in conspectu omnium facit etsi ignaris omnibus.

... Sufficit in talibus, uti clandestini actus dici nequeant, non esse celatos actus, ex quibus possessio infertur. Non vero necesse est, ut a faciente manifestentur, aut ut ab iis, quorum interest, acclametur. Sibi imputent, quod non melius observarunt aut inquisiverunt, cum facile resciscere possent. Illi etiam pro scientibus habentur.

Digitized by Google

§ 4. Fortsetzung. — Bestimmungen neuerer Gesetzbücher über den Rechtsbesitz.

1. Das Oesterreichische allgemeine bürgerl. Gesetzbuch enthält nur folgende hierher gehörige Vorschriften:

§ 312. „.... In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kömmt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen." [1])

§ 313. „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn Jemand von einem Andern etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet; ferner, wenn jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen verwendet; endlich, wenn auf fremdes Verboth ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt." [2])

§ 1460. „Zur Ersitzung wird nebst der Fähigkeit der Person und des Gegenstandes erfordert: daß jemand die Sache oder das Recht, die auf diese Art erworben werden sollen, wirklich besitze..."

2. Aus dem bürgerl. Gesetzbuche für das K. Sachsen sind folgende Vorschriften anzuführen:

§ 544. „Wer sich in dem Verhältnisse der thatsächlichen Ausübung einer Dienstbarkeit befindet, ist Inhaber, und wer zugleich den Willen hat, sie als eine ihm zustehende Dienstbarkeit auszuüben, Besitzer derselben."

§ 545. „Der Rechtsbesitz bei Dienstbarkeiten ist, soweit es die Natur derselben zuläßt, nach den Vorschriften über den Besitz von Sachen zu beurtheilen."

§ 572. „Der Rechtsbesitz bei Grunddienstbarkeiten setzt den Besitz des Grundstückes voraus, zu dessen Vortheile die Dienstbarkeit ausgeübt wird."

§ 573. „An Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung auf dem dienenden Grundstücke erfordern, wird der Rechtsbesitz durch Herstellung der Anlage oder Vorrichtung erworben."

---

1) Unger, System des österr. allgem. Privatrechts I § 68 sagt: Ausübung eines Rechtes ist die thatsächliche Geltendmachung der in dem Recht enthaltenen Befugnisse, somit Realisirung des Inhalts, welcher in dem Rechte liegt, Geltendmachung des Rechtsstoffs, welchen ein Recht enthält. Die Ausübung ist etwas Faktisches; es kann daher auch derjenige, dem ein Recht nicht zusteht, dieses Recht ausüben, indem er jene Handlungen vornimmt, zu welchen das fragliche Recht die Macht einräumt. Die Ausübung setzt aber stets voraus, daß die Handlungen, zu welchen das Recht die Befugniß gibt, mit dem Bewußtsein vorgenommen werden, daß hiermit der Inhalt des fraglichen Rechtes ausgeübt werde; wo dieses Bewußtsein fehlt, kann von der Ausübung eines Rechtes keine Rede sein.

2) Das Marginal zu diesem § spricht „von einem bejahenden, verneinenden, oder einem Verbothrechte."

Digitized by Google

§ 574. „Geht eine Dienstbarkeit dahin, daß auf dem dienenden Grundstücke etwas unterlassen werden soll, so wird der Rechtsbesitz erworben, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstückes der Dienstbarkeit zuwider zu handeln versucht, jedoch auf wörtlichen oder thatsächlichen Widerspruch davon abgestanden hat, oder wenn die Dienstbarkeit eingeräumt oder anerkannt worden ist."

§ 575. „Besteht die Grunddienstbarkeit in der Vornahme einzelner von Zeit zu Zeit vorkommenden Handlungen des Berechtigten, so wird der Rechtsbesitz durch die Vornahme dieser Handlungen erworben."

3. In dem privatrechtlichen Gesetzbuche für den Kanton Zürich finden sich folgende Bestimmungen:

§ 529. „Der Besitz von Dienstbarkeiten (Servituten) oder andern Realrechten, welcher sich zwar nicht in thatsächlicher Herrschaft über eine Sache, aber in thatsächlicher und bewußter Ausübung des entsprechenden Rechtes äußert, wird ähnlich wie der Sachbesitz sowohl durch Befehlsverfahren als durch Besitzrechtsklagen geschützt."

§ 530. „Der Besitz von negativen Dienstbarkeiten, d. h. solchen, welche in einem Unterlassen des belasteten Grundeigenthümers bestehen, wird in Ermangelung eines auf Besitzerwerb gerichteten Rechtstitels nicht schon durch das bloße Nichtthun des angeblichen Verpflichteten, sondern erst dann erworben, wenn der Besitzer eine dem Inhalt der Servitut widersprechende Handlung des Andern gehemmt hat."

§ 531. „Ist das entsprechende Recht von der Art, daß die Ausübung desselben sich in Handlungen äußert, welche nur von Zeit zu Zeit vorgenommen werden, z. B. in Benutzung eines Weges oder in Bezahlung eines Grundzinses, so bedarf es zum Nachweise des Besitzes einer kleineren oder größern Zahl solcher Handlungen, je nachdem aus den übrigen Umständen leichter oder weniger leicht auf die dem Rechtsverhältnisse entsprechende Gesinnung der Betheiligten geschlossen werden kann." [1])

---

1) Bluntschli bemerkt in seinen Erläuterungen B. II S. 52 zu diesem §:

Dieser Paragraph enthält eine absichtlich weit gefaßte Interpretationsregel. Man muß sich vor bloß formellen Vorschriften in diesen unendlich mannigfaltigen Erscheinungen hüten. Unter Umständen kann sogar der Nachweis einer einzigen Handlung genügen, unter andern nicht der von zehn und zwanzig. Z. B. Es wird nachgewiesen, daß vor fünfzig Jahren das Holz der damals abgeschlagenen Hochwaldung, für die es keinen andern Ausweg gibt, durch eine Reihe von Gütern abgeführt worden sei: da kann, wenn für eine andere Auslegung dieser auffallenden und beschwerlichen Handlung keine Gründe vorhanden sind, wohl auf den Besitz einer alten Dienstbarkeit geschlossen werden, nicht aber aus hundertmaligem Gehen eines Nachbars durch einen fremden eingehägten und mit Thüren versehenen Garten auf eine Dienstbarkeit des Gartenbesitzers. Im letztern Falle liegt es sehr nahe, auf nachbarliche aber freiwillige Gefälligkeit, nicht auf Besitz eines Rechtes, zu schließen.

Digitized by Google

4. Der Code civil enthält nur folgende ganz allgemein gefaßte Vorschriften:

art. 2228. „La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.“

art. 2229. „Pour pouvoir prescrire, il faut une possession ... a titre de proprietaire.“

art. 2232. „Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.“

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 1.

In wiefern ist der Beweis des Irrthums gegen ein gerichtlich aufgenommenes Testament zulässig?

Rechtsfall, mitgetheilt vom Rechts-Anwalt Regendank in Langensalza.

Der im August 1854 zu Saxdorf verstorbene Zweihüfner Johann Christian Füßler hat in seinem am 11. Januar 1854 gerichtlich aufgenommenen Testamente seine Tochter Johanne Juliane Füßler zur Universalerbin eingesetzt und für seine übrigen Kinder Abfindungen bestimmt. Hinsichtlich der Abfindung des einen Sohnes, des Häuslers Gottfried Füßler, heißt es in dem Testamente wörtlich:

> „Mein Sohn Gottfried hat von mir bereits einhundert Thaler empfangen, welche er sich auf sein väterliches Erbe anrechnen lassen soll. Außerdem soll derselbe von dem im Separationsrezesse vom 5. Juli 1852 mir auf mein Zweihufengut angewiesenen Plan Nr. 19 der Karte, welcher 43 Morgen 70 □Ruthen enthält, zwanzig Morgen nach seiner Wahl eigenthümlich und zwar in einer zusammenhängenden Fläche erhalten und endlich vermache ich ihm, drei Monate nach meinem Tode zu zahlen, die Summe von siebzig Thalern."

Der Plan Nr. 19 der Karte, von welchem dem Gottfried Füßler 20 Morgen Land vermacht waren, wird von der Jüterbogk-Riesaer Eisenbahn durchschnitten und durch dieselbe in zwei ziemlich gleich große Theile getheilt.

Der östlich der Bahn belegene Theil des Planes ist von schlechter, der Theil westlich der Bahn dagegen ist von erheblich besserer Bodenbeschaffenheit.

Gestützt auf die oben angegebene Bestimmung des Testaments forderte der Gottfried Füßler von der Universalerbin, seiner Schwester, der Johanne Juliane Füßler im Prozeßwege die Uebereignung von 20 Morgen Land von dem Plane Nr. 19 der Separationskarte, wie er sich solche auswählen werde. Die Verklagte wollte dem Kläger die 20 Morgen jedoch nur von dem östlich der Bahn belegenen, also von dem

Digitized by Google

schlechtern Theile des Planes gewähren. Sie behauptete nämlich, daß die Fassung des Testaments bezüglich der Abfindung des Klägers auf einem Irrthume beruhe, indem es in der Absicht des Testators gelegen habe, dem Kläger nur auf der Ostseite des Planes 20 Morgen Land anzuweisen.

Nach einer umfassenden Beweiserhebung über die hierauf bezüglichen Angaben der Verklagten, deren Resultat im Wesentlichen in den unten folgenden Gründen der Entscheidung des Ober-Tribunals niedergelegt ist, wurde Verklagte durch das Erkenntniß des Kreisgerichts in Liebenwerda vom 17. April 1855 nach dem Klageantrage verurtheilt, weil nach den Aussagen der Testamentsdeputirten kein Zweifel darüber obwalten könne, daß unmittelbar bei der Aufnahme der fraglichen Bestimmung in das Testament der Wille des Testators wirklich dahin gegangen sei, wie ihn die Worte des Testaments ausdrücken, und daß es deshalb nicht weiter darauf ankommen könne, welche andere Intentionen der Testator etwa vor oder nach Aufnahme des Testaments in Bezug auf die Abfindung des Klägers gehabt habe.

Auf die Appellation der Verklagten wurde das erste Erkenntniß durch das Appellationsgericht in Naumburg am 11. October 1855 bestätigt. Die Entscheidung des zweiten Richters beruht auf folgender Erwägung:

Verklagte wolle den klaren Inhalt eines gerichtlichen Dokuments durch Zeugenbeweis beseitigen. Hierzu genüge aber keineswegs der bloße Nachweis des Gegentheils. Nur dann, wenn der Widerspruch auf die im § 395 I. 10 A. G. O. vorgeschriebene Art gehoben werden könne, wenn also durch die bei Errichtung des Dokuments gegenwärtig gewesenen Zeugen dargethan werde, auf welche Weise das Gegentheil von dem wirklichen Sachverhalte sich bei der Aufnahme des Instruments in dasselbe eingeschlichen habe, solle der Inhalt einer gerichtlichen Urkunde durch die Aussagen von Zeugen entkräftet werden können. Verklagte habe also im vorliegenden Falle zweierlei zu beweisen gehabt, daß überhaupt und wie vom instrumentirenden Richter eine Erklärung des Testators fälschlich verstanden und niedergeschrieben worden sei.

Es sei aber von ihr nicht einmal dargethan, daß im Testamente andere Bestimmungen niedergeschrieben seien, als der Testator abgegeben habe. Nach § 20. I. 13 A. G. O. sei deshalb der klare und unzweifelhafte Inhalt des Testaments aufrecht zu erhalten.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten am 10. März 1856 das zweite Er-

Digitized by Google

kenntniß vernichtet und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses den Kläger abgewiesen.

Die Gründe lauten:

Die Nichtigkeitsbeschwerde hat für begründet erachtet werden müssen, weil die Argumentation des Appellationsrichters in doppelter Beziehung eine rechtlich unhaltbare Richtung genommen hat,

einmal, indem von der Verklagten ein über die gesetzliche Nothwendigkeit hinausgehender Beweis verlangt,

zweitens, indem der Satz:

daß die Erklärung des Testators richtig protokollirt worden, und dieselbe nicht falsch aufgefaßt und niedergeschrieben sei,

für erschöpfend erachtet ist.

Der allegirte § 20 I. 13 A. G. O. gehört in ersterer Beziehung ebensowenig hierher, als der daselbst und vom Appellationsrichter angezogene § 395 Tit. 10 ibid. Diese Vorschriften gehören der Lehre von der Kollision mehrerer Beweismittel an und besagen, wie ein hervortretender Widerspruch zwischen Urkunden und Zeugen in der Instruktion behandelt und sodann beurtheilt werden soll. So liegt der Fall nicht. Es handelt sich nicht darum,

ob der Testator diese oder jene Willensäußerung gethan und ob die eine durch Zeugen, die andere durch die gerichtliche Urkunde einen besseren Beweis für sich habe.

Der Kläger gründet sich auf einen klaren Satz des Testaments, dessen Aechtheit unzweifelhaft ist und dem die fides publica, die Erfordernisse und Eigenschaften einer gerichtlichen Urkunde, gar nicht bestritten werden. Es wird aber behauptet, daß bei der Aufnahme des Instruments ein Irrthum vorgefallen. Darüber läßt das Gesetz, § 126 I. 10 A. G. O., den Beweis schlechthin zu. Es verordnet eine ganz besondere Sorgfalt bei dessen Aufnahme, — welche der Sache auch in erster Instanz in sehr anerkennenswerther Weise zu Theil geworden, — erfordert aber nicht, was der Appellationsrichter verlangt, gerade die Feststellung,

wie der Irrthum entstanden und auf welche Weise sich derselbe eingeschlichen.

Abgesehen davon, daß — wie sich weiterhin ergeben wird — einer solchen Anforderung hier in der That genügt ist, kann allerdings nicht verkannt werden, daß ein Einblick in die Art und Weise der Entstehung des Irrthums thatsächlich auf die Feststellung desselben von Einfluß sein kann; principiell darf sie aber nicht gefordert werden.

Die Existenz des Irrthums allein bedingt dessen Einfluß auf die Rechtsgültigkeit der Willenserklärung. Dabei ist nach Lage der Sache

Digitized by Google

besonders zu beachten, daß man sich durch die Frage, was denn nun, im Falle der Aufhebung der bestrittenen Testamentsfestsetzung als einer irrigen, an deren Stelle anzunehmen sei und wie dem Kläger alsdann sein Erbtheil oder sein Legat gewährt werden müsse — worüber Bedenken möglich sind — nicht beirren lassen darf. Allerdings erklärt die Verklagte sich nur schuldig, dem Kläger eine Abfindung auf der Ostseite des Separationsplanes zu gewähren. Auf eine bestimmte Festsetzung hierüber kommt es aber nicht an. Ein Reconventionsantrag ist nicht gestellt. Der Kläger verlangt vermöge des ihm zustehenden Wahlrechts Abfindung auf der Westseite. Dies Verlangen ist zurückzuweisen, sobald erhellet, daß der Testamentsbestimmung, wodurch ihm das Wahlrecht in dem beanspruchten Umfange verschrieben worden, ein Irrthum zum Grunde liegt, und damit sodann der Gegenstand des Prozesses erschöpfend erledigt.

Zweitens stellt der Appellationsrichter fest — und dies ist in der Nichtigkeitsbeschwerde-Instanz vorab festzuhalten, auch an sich ohne allen Zweifel wohlbegründet —

> „es sei nicht nachgewiesen, daß im Testamente andere Bestimmungen niedergeschrieben worden, als der Testator abgegeben habe, daß die instrumentirenden Gerichtspersonen den Willen des Erblassers falsch aufgefaßt und niedergeschrieben hätten,"

während der erste Richter die zu entscheidende Frage so formulirt:

> ob unmittelbar bei der Aufnahme der fraglichen Bestimmung in das Testament der freie und ernstliche Wille des Testators wirklich dahin ging, wie ihn die Worte des Testaments ausdrücken, oder ob die Gerichtsbeamten ihn bei dieser Niederschrift falsch auffaßten.

Die Auffassung des ersten Richters ist die richtigere, erschöpft aber den Gegenstand auch nicht. Die alternativen Fragen bilden keinen vollkommenen Gegensatz. Es bleibt einleuchtender Weise die Möglichkeit übrig, daß die Gerichtspersonen ganz richtig gefaßt und niedergeschrieben haben, was der Testator gesagt, daß dieser aber selbst sich geirrt hat. Auch dann ist die Willenserklärung, insofern der Irrthum für wesentlich erachtet werden muß, unkräftig. § 75 I. 4 A. L. R. Wesentlich aber wäre der Irrthum ohne Zweifel, wenn der Erblasser — und darin besteht eben der Streit — das Areal, auf welches sich seiner Meinung nach das Wahlrecht des Klägers erstrecken sollte, irrig angegeben, wenn er das Wahlrecht auf den ganzen Separationsplan ausgedehnt hätte, während seine wirkliche Absicht dahin ging, dasselbe nur für ein anderes und eingeschränkteres Terrain — gleichviel, ob gerade

Digitized by Google

in der Einschränkung, wie die Verklagte meint, — zu bewilligen. Es läge dann ein wirklicher error in corpore vor. Daß auch ein eigener Irrthum des Erblassers in den Behauptungen der Verklagten liegt, ist nicht zweifelhaft und die Exception vom ersten Richter auch so verstanden worden. Verklagte hat zwar in der Klagebeantwortung und bis zur Vorlegung einer Testamentsausfertigung den Inhalt der Dispositon, wie ihn Kläger behauptet (auffallender Weise) in Abrede gestellt, zugleich aber in eventum und nachher immer Irrthum und Mißverständniß in der weitesten Ausdehnung behauptet.

Der Unterschied, welchen die Doctrin hervorhebt, daß nämlich in Bezug auf die Wirkungen des Irrthums zwischen dem Römischen Rechte und dem Landrechte ein Unterschied obwalte, indem nach dem ersteren eine in errore essentiali beruhende Erklärung ipso jure nichtig, während dieselbe nach dem Landrechte nur der Rescission von Seiten des Erklärenden unterworfen sei, mag zwar erwähnt werden, bezieht sich jedoch nur auf die Vertragslehre. Hier genügt es zur Entkräftung der rechtlichen Wirkung, wenn dargethan wird, daß bei der einseitigen letztwilligen Verfügung etwas Anderes oder doch nicht das gedacht und gewollt sei, was zum Ausdrucke gekommen und als Wille des Testators durch dessen Erklärung der Gerichtsdeputation erkennbar geworden; beiläufig zu bemerken, fallen vom Standpunkte der Gerichtsbeamten Erklärung und Wille des Testators im Begriff zusammen; denn die mündliche Willensäußerung des Testators ist es allein, wonach sich der Inhalt ihres Protokolls bestimmt. — Mit dem Satze, daß ein wesentlicher Irrthum des Testators die letztwillige Bestimmung entkräfte, stehen übrigens verschiedene specielle Vorschriften des 12. Titels Allg. Landrechts Th. I im Einklange (§ 385, 409 f., 429, 577 f.).

Die vorstehende Ausführung ergiebt, daß die Implorantin den Appellationsrichter nicht mit Unrecht materieller Rechtsverletzungen beschuldigt hat. Hierdurch ist die Vernichtung des vorigen Erkenntnisses begründet, und es ist nicht weiter von wesentlichem Einflusse, daß die fernere Berufung der Implorantin auf § 518 l. c. nicht Stich hält.

Dieser § schreibt nämlich vor:

> „Falsche Benennungen oder Bezeichnungen machen die Verfügung des Erblassers nicht ungültig, wenn nur sonst die wahre Absicht desselben deutlich erhellt."

Dies ist der Satz des Römischen Rechts: facit totum voluntas defuncti: quid senserit, spectandum est. cf. l. 35, § 3 D. de heredinstit. 28, 5. l. 2 § 7 D. de bonor. poss. sec. tab. 37, 11. l. 4 § 10 D. de doli mali except. 44, 4. l. 17 § 1 ibid. c. 16 C. de fideicomm.

Digitized by Google

6. 42 Hier liegt jedoch eine an sich klare Disposition vor; es handelt sich nicht darum, eine klar erhellende Absicht des Testators — wobei denn auch Hinsichts der Form kein Bedenken sein dürfte — gegen eine falsche Benennung oder Bezeichnung zur Geltung zu bringen; die Frage ist vielmehr die, ob eine an sich nicht mißzuverstehende Verfügung des Erblassers nur wegen eines demselben begegneten wesentlichen Irrthums so ausgefallen ist, wie sie dasteht, wonächst dann die rechtlichen Folgen des Irrthums zur weiteren Erörterung kommen.

Bei der nunmehr eintretenden freien Beurtheilung ist es nun schon jetzt für überzeugend dargethan zu erachten, daß der Testator im Gegenstande seiner Willenserklärung geirrt, daß er dem Kläger nicht, wie dieser verlangt und in den früheren Instanzen auch erstritten hat, „20 Morgen nach seiner Wahl," also auch auf dem Plane an der Westseite der Eisenbahn, hat vermachen wollen. Der Appellationsrichter verkennt wenigstens soviel nicht, daß Grund zu der Vermuthung, wenigstens mit Hülfe der Appellations-nova vorhanden sei, daß der Testator geglaubt, anders als geschehen, testirt zu haben. Zunächst nun

1) waren die äußeren Umstände in einem ganz besonders hohen Grade dazu angethan, ihn zu verwirren und die allerleichteste Möglichkeit einer Irrung auf seiner Seite herbeizuführen.

Sein als letzter Wille sich bezeichnender Aufsatz vom Tage vorher ist der Sache nach eine Hofesübergabe mit Altentheilsvertrag. Daraus wurde nun ein Testament. Der Richter hielt — ganz mit Recht — dem Testator die in dem gedachten Aufsatze enthaltene Pflichttheilsverletzung vor. Letzterer mußte also in ein ganz neues System der Vermögensvertheilung unter seine Descendenz sich hinein denken und hineinfinden. — Er lag in einem engen Alkoven neben einer geräumigen Wohnstube. Es waren viele Leute anwesend und der Testator von seinen Kindern umdrängt, die ihre Interessen geltend zu machen strebten. Die Letztern hat der Gerichtsdeputirte zwar fortgewiesen, aber doch dem Testator nicht völlige Ruhe verschafft, wie das Folgende ergiebt:

Der Ortsrichter G., welcher zur Vorlegung des Separationsrezesses hinbeschieden worden, ist nach dem Zusammenhange seiner Aussage bei der Testaments-Aufnahme anwesend geblieben. Ebenso der Schöppe L. Daß Beide mitgeredet haben, ist überhaupt wahrscheinlich; L. bekundet es positiv von sich selbst.

Die Separationskarte hat man in den Alkoven nicht hineinbringen können, sondern am Balken der Wohnstube aufgehängt und sich so aus der Entfernung mit dem Testator verständigt. Auf derselben ist die zur

Digitized by Google

Zeit der Aufnahme der Separationskarte noch nicht vorhanden gewesene Eisenbahn nicht verzeichnet — dies scheint besonders störend gewesen zu sein.

Bezeichnend ist es, daß noch während der Instruktion erster Instanz Mißverständnisse in Betreff der Separationskarte obgewaltet haben. Bei der mündlichen Verhandlung vom 16. Januar 1855 spricht der Kläger von einem Plane P., während der Buchstabe P. der Karte gar nicht einen Separationsplan, namentlich nicht die Ostseite des Füßlerschen Separationsplanes, welcher vom Kläger gemeint zu sein scheint, bezeichnet, sondern sich auf die Eintheilung der Feldmark in Schläge bezieht. Das Protokoll ist von der Hand desselben Richters, der sonst die Sache sehr sorgfältig behandelt hat. Der Schöppe L., von demselben Richter abgehört, bedient sich bei seiner Zeugenaussage irrig der Bezeichnung S. und P. für die westliche und östliche Hälfte des Separationsplans. Diesen allgemeinen Gründen tritt positiver und entscheidender hinzu:

2) Der Testator giebt den Werth der dem Kläger vermachten Ländereien im Testamente auf 200 Thlr. an. Dies ist, wohl zu bemerken, erst hinterher, nachdem er bereits über die Auswahl des Landes Festsetzung getroffen und ihm von der Gerichts-Deputation vorgehalten war, daß der Kläger befugt sei, das beste Stück zu wählen, geschehen, jene Werthsangabe also als Schätzung des Terrains anzusehen, welches der Testator als für den Kläger bestimmt im Sinne hatte. Kläger hat nun solchen Acker gewählt, welcher nach seiner eigenen Schätzung 1000 Thlr. werth ist. Er würde also das Fünffache des Werths erhalten, welchen ihm der Testator zugedacht hatte. Es ist geradezu undenkbar, daß hiernach letzterer das Wahlrecht des Klägers auf das Areal habe erstrecken wollen, wo der Kläger wirklich gewählt hat. Die Bestimmungen des Testamentes „20 Morgen nach Wahl des Klägers“ und „200 Thlr. an Werth“ stehen im unvereinbaren Widerspruche.

Von fast gleichem Gewichte ist

3) der Umstand, daß der Erblasser die Abfindungen seiner übrigen Kinder auf je 370 Thlr. bestimmt hat — mit Ausnahme der Verklagten, deren Erbtheil sich in Ermangelung einer genauen Kenntniß des Realzustandes der ihr verbleibenden Grundstücke nicht genau beurtheilen läßt, — der Kläger aber etwa das Dreifache erhielte, wenn sein Wahlrecht beanspruchter Maaßen durchginge, während er durch Gewährung von Acker zum Werthe von 200 Thlrn. mit den übrigen abgefundenen Geschwistern gleich zu stehen kommt. Jenes Mißverhältniß

Digitized by Google

ist zu übertrieben, als daß man es von dem Erblasser beabsichtigt, annehmen könnte, wenn auch die Gerichtspersonen meinen, daß derselbe den Kläger habe begünstigen wollen. Ueberdies ergiebt der ganze Zusammenhang der Disposition die Absicht der Gleichstellung der abgefundenen Geschwister und es ist nicht zu übersehen, daß die verehelichte Schmiedemeister S., eine Schwester beider Theile, welche ebenfalls 370 Thlr. erhalten hat und keine Unzufriedenheit damit äußert, mit Bestimmtheit bezeugt:

> „der Testator habe bei der Testamentsaufnahme wiederholt erklärt, daß ein Kind soviel bekommen solle, wie das andere und darnach sei Alles berechnet worden."

Dasselbe sagt auch der schon erwähnte L.

4) Die vorstehenden Erwägungen sub 2 und 3 gewähren denn auch die Ueberzeugung, daß die Aussage der Gerichtspersonen — deren Integrität und pflichtmäßige Bestrebung in keiner Weise verdächtigt werden soll — insofern dieselben behaupten,

> es sei nach langen Erörterungen mit dem Erblasser eine völlige Verständigung erfolgt,

als auf einem innern Widerspruche beruhend, nicht entscheiden könne. Eine Verständigung ist gerade nicht erfolgt. Klar liegt vor, daß der Testator dem Kläger für etwa 200 Thlr. Land geben und ihn mit seinen Geschwistern im Ganzen gleichsetzen wollte. Offenbar kam es darauf an, diese Absicht durch spezielle Bestimmungen über die Abgränzung des dem Kläger zu gewährenden Landes zu verwirklichen. Statt dessen ist man auf das Wahlrecht verfallen. Dasselbe ist keine Verständigung, sondern ein eben beim Mangel der letzteren höchst unglücklich ergriffener Behelf. Die Absicht des Testators wird dadurch in hohem Grade verfehlt. Es ist gewiß, daß die Gerichtspersonen sich die Folgen dieser Bestimmungen nicht klar gemacht haben, die sie denn doch dem Testator hätten vorhalten müssen, und unmöglich, daß der letztere den Satz — von der vorstehend angegebenen Tragweite, wonach Kläger fünfmal so viel, als den veranschlagten Ackerwerth, und dreimal so viel Erbtheil, als seine Geschwister bekommen kann, irgend verstanden habe.

Man wird doch die Bezeichnung des Separationsplanes nach der Nummer nicht für eine „Verständigung" ausgeben wollen. Eine solche Bezeichnung war ohne den herbeigeschafften Apparat auf die einfachste Weise, z. B. durch Hinweisung auf die Himmelsgegend, die Lage an der Eisenbahn, auch wohl durch einen ortsgebräuchlichen Reviernamen, ohne alle Gefahr eines Mißverständnisses oder Zweifels zu beschaffen..

Digitized by Google

Diesem völlig überzeugenden Beweise wird in ungeeigneter Art das Zeugniß der Gerichtsbeamten entgegen gehalten. Der Gegenstand desselben ist ein anderer. Es handelt sich nicht darum, die gerichtliche Autorität und Glaubwürdigkeit aufrecht zu halten. Die Feststellung, daß die Gerichtsbeamten richtig protokollirt, was der Testator ihnen schließlich erklärt hat, steht in keinem Widerspruche damit, daß der Testator sich bei seiner Erklärung geirrt und etwas Anderes ausgedrückt, als er gewollt hat.

Die Momente, welche für den Kläger gegen einen eigenen Irrthum des Testators vorgebracht sind, haben nur sehr geringes Gewicht.

Daß der Erblasser den Kläger hat begünstigen wollen, läßt sich, wie schon oben bemerkt worden, einfacher erklären, als durch Hinaufgehen zu dem Fünffachen des vom Testator veranschlagten Werths und dem Dreifachen der Abfindung der andern Geschwister. Geschwankt, wie gesagt wird, hat der Testator, abgesehen von der Verständigung mit den Gerichtspersonen, gar nicht; er hat nur dem Kläger auf Verlangen noch etwas zugelegt. — Wenn der erste Richter sagt, der Testator habe nach der Testaments-Aufnahme eine Haltung angenommen, um zur Vermeidung von Unruhe seine wirklich getroffenen Anordnungen zu verdecken, so ist das eine Supposition ohne jeden bestimmten Anhalt, welche durch die nahe liegende Vermuthung wenigstens aufgewogen wird, daß der Testator durch das viele und vieler Leute Gerede bei der gerichtlichen Verhandlung völlig in Verwirrung gesetzt sei. Der Kläger hat in erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung, also verspätet, auch ohne in zweiter Instanz darauf zurückzukommen, angeführt: sein Vater habe nicht blos 2500 Thlr., wie im Testamente angegeben worden, sondern wohl 5- bis 6000 Thlr. nachgelassen und der Plantheil P. enthalte überhaupt nur 16 Morgen zum Werthe von 144 Thlrn. Das Erstere ist indessen sehr unglaubhaft, da die übrigen Kinder sich mit Abfindungen von 370 Thlrn. begnügen — es sind deren im Ganzen 5 — und soll das Letztere heißen, daß der Abfindungsplan auf der Ostseite der Eisenbahn wegen Unzulänglichkeit des Terrains nicht gewährt werden könne, so folgt hieraus, wenn es richtig ist, in keiner Weise ein unbeschränktes Wahlrecht des Klägers auf der Westseite.

Sonach ergiebt sich, daß der Erlasser die von den Gerichtsbeamten protokollirte Meinung sonst niemals auch nur annähernd geäußert, sondern stets in entgegengesetztem Sinne gesprochen und gehandelt hat.

Die unerörtert gebliebenen Appellationsnova sind folgende:

1) Bei der Testaments-Publication habe Kläger sich mit dem „Sandberge vom Plane" unzufrieden erklärt und damit die Meinung

Digitized by Google

zu erkennen gegeben, daß ihm der Theil des Separationsplanes in der Flurabtheilung P. vermacht sei.

2) Nach der Errichtung des Testaments habe der Erblasser zu seinem Schwiegersohn S. erklärt, daß er dem Kläger die Fläche des Planes vermacht, die dieser besäet und bepflanzt habe.

3) Dieser Plan sei dem Kläger längst zugedacht gewesen, und Letzterer habe schon vor Jahr und Tag bei dem Ortsgericht die Erlaubniß, sich dort anzubauen, nachgesucht.

4) Kläger habe zum Auszügler M. kurz nach Errichtung des Testaments geäußert:

> „daß ist der Plan, den mir mein Alter im Testamente vermacht hat, den nehme ich schon lange nicht an."

5) G. habe bei der Testamentserrichtung auf Anregung des Klägers ein gutes Wort eingelegt, daß derselbe noch ein gutes Stück Land bekäme, der Vater aber erwiedert:

> „der Hund soll ihm was — —; der weiß eben, wo die Steuern und Abgaben herkommen sollen."

Alle diese Umstände sind nicht an sich unerheblich, es bedarf deren aber nicht mehr und selbst das Mißlingen des Beweises darüber würde das schon vorliegende Resultat nicht ändern. Anders freilich wäre es, wenn es darauf ankäme, bestimmt auszusprechen, *was* der Kläger zu erhalten habe, *wo* ihm eine Landabtheilung anzuweisen sei. Dann könnte man mit Hülfe der gedachten nova selbst dahin gelangen, den Wortlaut des Testaments in dem Sinne aufrecht zu erhalten,

> daß der Kläger nach der Testamentserrichtung im Einverständniß mit dem Testator ein bestimmtes Stück Land gewählt habe und es bei dieser *getroffenen* Wahl verbleiben müsse.

Indessen ist schon oben erörtert, daß hierüber kein Antrag vorliegt und dieser Gegenstand (falls die Parteien sich nicht nach Maßgabe des wohl erkennbaren und dem Kläger, soweit zu ersehen, nicht nachtheiligen wahren Willen des Erblassers vereinigen) also einem besonderen Verfahren vorbehalten bleiben muß. Hier ist einfach auf Abweisung des Klägers zu erkennen, da der Satz des Testaments, auf welchen er sich mit dem unbeschränkten Wahlrechte auf dem Separationsplane Nr. 19 gründet, als ein auf Irrthum beruhender sich darstellt. Es versteht sich dabei von selbst, daß dem Kläger ein Wahlrecht innerhalb engerer, vom Testator wirklich beabsichtigter, Gränzen nicht abgesprochen sein soll, geschweige denn sein Erbtheil oder Legat überhaupt.

Digitized by Google

Nr. 2.

Aufhebung eines Kaufvertrages wegen Betruges. Einfluß des Strafurtels auf den nachfolgenden Civilprozeß.

Mitgetheilt vom Kreisrichter Voigtel in Burg.

Am 21. September 1859 hatte der Handelsmann M. aus Burg dem Gastwirth O. zu Ilmenau in dessen Wohnung eine Quantität Leinenwaaren für zusammen 340 Thlr. verkauft und übergeben. Der Käufer, der sofort 170 Thlr. baar gezahlt und über andere 170 Thlr. einen nach 3 Monaten fälligen Wechsel ausgestellt hatte, verlangte Aufhebung des Vertrages wegen Betruges und stellte bei dem Kreis-Gericht zu Burg die Rescissionsklage mit dem Antrage an:

den Verkäufer zur Zurückzahlung der baargezahlten 170 Thlr. und Herausgabe des Wechsels event. Zahlung fernerer 170 Thlr., gegen Rückempfang der Waaren, zu verurtheilen.

Kläger behauptete, daß der Kauf in folgender Weise zu Stande gekommen sei:

Beklagter sei mit einem großen Ballen Leinenwaaren, scheinbar sehr eilfertig und ängstlich, in die klägerische Wohnung gekommen, habe die Waaren in einen Haufen auf den Fußboden des Zimmers geworfen, und dem Kläger mit den Worten:

„Er sei durch die Kriegsunruhen ruinirt und bankerott!

„Er müsse suchen, über die Grenze zu kommen!

„Was er verkaufe, sei der letzte Rest seines Geschäftes!

und ähnlichen Aeußerungen zum Ankaufe offerirt. Kläger habe sich in dem Glauben, einen vortheilhaften Handel zu machen, hierauf eingelassen. Man habe die Preise der einzelnen Sorten (4 Thlr. für das Tischgedeck, 1 Sgr. für die Elle Leinwand ꝛc.) behandelt und endgültig verabredet, wobei sich Beklagter in scheinbarer Hast und Angst noch fortwährend selber herabgeboten habe. Unter Zugrundelegung dieser Sorten-Preise habe Beklagter den Kaufpreis des ganzen Ballens auf 340 Thlr. berechnet, ohne jedoch dabei die Waaren stückweise vorzuzählen, oder die Leinwand vorzumessen. Kläger habe im Vertrauen auf die Richtigkeit der Berechnung und unter Voraussetzung einer speziellen Rechnung, die er vom Beklagten verlangt und auch zugesagt erhalten habe, den gesammten Kaufpreis von 340 Thlrn. genehmigt und bezahlt. Beklagter sei jedoch, ohne Aufstellung einer solchen Rechnung, plötzlich aufgebrochen, habe

Digitized by Google

das klägerische Haus und binnen einer Viertelstunde auch die Stadt verlassen. Erst jetzt habe Kläger gefunden, daß die Berechnung eine falsche gewesen, daß der wirkliche Inhalt des Ballens unter Zugrundelegung der verabredeten Sorten-Preise nur einen Gesammtkaufpreis von 160 Thlrn. hatte, und daß also der Ballen nicht diejenige Quantität Waaren enthielt, welche er bei den verabredeten Sorten-Preisen, und dem vom Beklagten berechneten Gesammt-Preise der 340 Thlr. enthalten mußte.

Das Kreis-Gericht zu Burg hat nach stattgehabter Beweisaufnahme dem Kläger über diesen thatsächlichen Hergang den Erfüllungseid auferlegt und im Schwörungsfalle den Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Es ist hierbei von folgenden Erwägungen ausgegangen.

In Ilmenau gilt, nach einer Auskunft des Großherzogl. Appell.-Gerichts zu Eisenach das gemeine Recht. Dieses war also der rechtlichen Beurtheilung der Sache zum Grunde zu legen; denn in Ilmenau, wo der Vertrag geschlossen und sofort beiderseitig erfüllt wurde, ist der eigentliche Sitz des Rechtsverhältnisses zu finden.

Savigny, System Band VIII. S. 274.
Ob.-Trib. Erk. vom 26. Sept. 1849 (Entsch. 18. p. 147.)

Der behauptete Betrug ist bereits Gegenstand einer vor dem Kreis-Gerichte zu Erfurt verhandelten Untersuchung gewesen. Es hat dieses Gericht zwar in I. Instanz durch Urtel vom 17. Februar 1860 den Beklagten für nicht schuldig erachtet. Das am 10. Juli 1860 von dem Königl. Appell.-Gericht zu Naumburg gesprochene Urtel aber, welches nach verworfener Nichtigkeitsbeschwerde die Rechtskraft beschritten hat, stellte fest,

daß Beklagter in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen des Klägers im September 1859 dadurch beschädigt hat, daß er durch das Vorbringen der unwahren Thatsache, daß nach den für die einzelnen Leinenwaaren verabredeten Preisen der Gesammtkaufpreis der dem Kläger übergebenen Waaren 340 Thlr. betrage, bei dem letzteren einen Irrthum erregt und so denselben zur Zahlung von 340 Thlrn. veranlaßt hat,

und erkannte demnach,

daß Beklagter des Betrugs schuldig, und deshalb mit 3 Monat Gefängniß, 100 Thlr. Geldbuße ꝛc. zu bestrafen.

Diese Feststellung des Strafrichters ist jedoch nach der jetzigen

Digitized by Google

Lage der Preuß. Gesetzgebung (in Ansehung des formellen Rechts muß das hiesige Recht, wo der Prozeß geführt wird, zur Anwendung kommen) für den Civilrichter nicht maßgebend.

Plen.-Beschl. v. 15. Dezbr. 1856 (J.-M.-Bl. 1857. S. 59.)
Koch, der preuß. Civilprozeß Th. I § 34.
§ 178 A. G. O. I. 2.
§ 6. 68. 69 Crim.-Ord.
§ 6 Straf-Ges.Bch.

Der Gerichtshof war also im vorliegenden Civil-Prozesse gezwungen, die in der Strafsache bereits vernommenen Zeugen nochmals eidlich zu hören, ja sogar dem Kläger im Urtel einen nothwendigen Eid über solche Thatsachen aufzuerlegen, welche er bereits in der Strafsache zeugeneidlich beschworen hatte. De lege ferenda mag man darüber streiten,

1) ob nicht der Beschädigte, einem freisprechenden Straf-urtheile gegenüber, noch durch Eides-Delation oder andere neue Beweismittel seinen Entschädigungs-Anspruch begründen könne,

2) ob nicht der im Straf-Prozesse verurtheilte Angeklagte für den Civil-Prozeß neue Beweismittel bringen, und dadurch die Feststellungen des Strafrichters beseitigen könne.

Daß aber dieser thatsächlichen Feststellung des Strafrichters, welche nicht an positive Beweisregeln, oder Contumazien gebunden, sondern auf die objective genaue Prüfung aller Beweismittel gegründet ist (§ 22. V. v. 3. Januar 1849), gar keine Bedeutung für den Civil-Prozeß beizulegen — daß eine Feststellung, welche das Gesetz für ausreichend erachtet, um den Schuldigen an Freiheit, Ehre und Vermögen zu büßen, dann nicht weiter ausreichen soll, um ihn zur Zahlung einer Entschädigungssumme oder zur Einwilligung in die Aufhebung des betrügerischen Geschäfts zu verurtheilen — Das sind Rechtsgrundsätze, deren innere Unwahrheit schon vielfach aufgestellt und ausgeführt ist. Ihre äußere Unzweckmäßigkeit durch Vervielfältigung und Verzögerung der Prozesse, doppelte Eidesleistungen ꝛc. tritt gerade hier recht grell hervor.

Indeß, da sie einmal noch in gesetzlicher Gültigkeit bestehen, so hatte der Gerichtshof das ganze Sachverhältniß nochmals dem Beweise zu unterziehen, zuvörderst aber die maßgebenden Bestimmungen des gemeinen Rechts über den Betrug (dolus malus) festzustellen.

Digitized by Google

Labeo sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam (l. 1 § 2 D. IV. 3 de dolo malo.).

Dolus, im engeren Sinne (dolus malus, Argliſt, Betrug) iſt jede abſichtliche Täuſchung eines Anderen, um ihn dadurch zu einer Handlung oder Unterlaſſung zu bewegen.

Daß der Betrüger den Schaden des Betrogenen beabſichtigt habe, iſt nicht nöthig; noch weniger, daß ſolcher Schaden wirklich eingetreten ſei. Für den civilrechtlichen dolus, (wovon hier allein die Rede iſt) genügt es, daß der Betrogene in der freien Aeußerung ſeines Willens gehindert iſt, daß ſein Conſens zum Vertrage auf einem durch den Anderen erregten Irrthum beruht.

Man unterſcheidet:

1. dolus causam dans, wenn ohne den dolus der Vertrag ganz unterblieben wäre; wenn der Betrogene durch den dolus zum Abſchluß des Vertrages überhaupt, oder doch in dieſer Art vermocht iſt. Dieſer dolus causam dans berechtigt den Betrogenen ſtets auf Aufhebung des Geſchäfts zu klagen.
2. dolus incidens, wenn der Betrogene durch den dolus nur zu einzelnen Willensäußerungen, oder zur Billigung von Nebenbeſtimmungen veranlaßt iſt, die ſich ohne den dolus anders geſtaltet hätten. Dieſer dolus hebt den Vertrag nur dann auf, wenn er den Betrogenen zu einem error essentialis verleitet hat. Sonſt hat der Letztere nur einen Anſpruch auf Entſchädigung.

Thibaut, Syſtem des Pandekten-Rechts § 148. 149. 1008.
v. Holzſchuher, Bd. I S. 330. 329. Bd. III S. 287.
Puchta, Pandecten § 57. 65. 376.
Koch, Lehrbuch des preuß. Privatrechts § 105.
Bornemann, Preuß. Civil-Recht Bd. I. § 57.
Bornemann, Rechtsgeſchäfte S. 115 f.

Der von dem Kläger behauptete thatſächliche Hergang ergibt nun,

1. daß Beklagter den Kläger durch Betrug zum Abſchluß des Vertrages verleitet hat (dolus causam dans);
2. daß Beklagter den Kläger auch zu einem error essentialis über die Quantität abſichtlich verleitet hat. (dolus incidens.)

Wenn Kläger den Erfüllungseid leiſtet, ſo iſt dieſer thatſächliche Hergang, und damit der civilrechtliche Betrug erwieſen. Denn nach der oben gegebenen Definition des Betruges war zu deſſen Exiſtenz im vorliegenden Falle erforderlich:

Digitized by Google

I. daß Beklagter wissentlich unwahre Thatsachen behauptet, oder wahre Thatsachen verschwiegen habe, um

II. den Kläger in einen Irrthum zu versetzen, und ihn dadurch zum Abschluß des Vertrages oder Annahme der fälschlich zu hoch angegebenen Quantität zu verleiten;

III. daß Kläger dadurch wirklich in einen Irrthum versetzt und veranlaßt ist, den Vertrag abzuschließen und die, von ihm irrig für bedeutend größer gehaltene Quantität zu acceptiren.

Bornemann, Civil-Recht Bd. I. S. 350.
Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 117.

Diese drei Erfordernisse liegen nun hier vor.

I. Beklagter wußte, wie er zugesteht, daß sich in dem herbeigeholten Ballen nur die geringere, dem Gesammt-Kaufpreise nicht entsprechende Quantität Waaren befand. Er hat

1) diese wahre Thatsache dem Kläger verschwiegen, und sich ohne Aufstellung der verlangten und zugesagten speziellen Rechnung eilig entfernt;

2) indem er unter Zugrundelegung des geringen Preises von 4 Thlrn. pro Gedecke ꝛc. den Gesammtpreis von 340 Thlrn. aufstellte, die unwahre Behauptung hingestellt, daß sich in dem Ballen eine größere Quantität befinde.

II. Das zweite Requisit, die dolose Absicht des Beklagten bei dem Verschweigen und Vorbringen ad I., ist ein innerer Hergang, welcher nicht durch directe Beweismittel darzuthun ist, sondern (wie es im Gem. Rechte heißt) ex circumstantiis, ex perspicuis indiciis, seu evidentia facti erschlossen werden muß.

v. Holzschuher Bd. III S. 289.

Als Prämissen dieses Schlusses aber bieten sich nicht blos die circumstantiae des hier vorliegenden Falles dar. Die vorgelegten Untersuchungsacten liefern zahlreiche derartige perspicua indicia. Besonders die darin enthaltene Correspondenz des Beklagten mit seiner Frau und seinen Handelsgenossen enthält das naivste und frivolste Eingeständniß seines betrügerischen Geschäftsverkehrs, der ihn zwar oft mit der Justiz und Polizei in Conflict gebracht, seine wirkliche Ueberführung und Bestrafung aber erst in dem Urtel des App.-Gerichts zu Naumburg gefunden hat.

Beklagter ist also recht eigentlich als ein solcher anzusehen, dessen man sich der That wohl versehen kann. Denn, wie das deutsche

Digitized by Google

Rechtssprüchwort sagt: Die Krähe lässet das Hüpfen nicht. Semel malus semper praesumitur esse malus. (c. 8 de reg. juris in VI. [V. 13].)

Daß er aber seinen Character auch gegen Kläger nicht verleugnet, ihn absichtlich getäuscht habe, das ergeben die nachstehenden einzelnen Momente dieses Handels:

1) Des Beklagten Vorgeben, daß er flüchtig, bankerott ꝛc. sei, der fabelhaft geringe Preis, den er forderte, und bei dem er sich immer selbst herabbot — dies Alles bezweckte offenbar, theils das Mitleid des Klägers zu erregen, theils ihm die Aussicht auf einen vortheilhaften Aukauf zu machen; zumal Beklagter anführte, daß er die Gedecke selbst für 18 Thlr. pro Stück gekauft habe.
2) Des Klägers Verlangen, Einzelnes aus dem Ballen zu kaufen, weist er zurück, und will nur im Ganzen verkaufen. Dann wirft er das Ganze in einen Haufen auf die Erde, so daß der Käufer selbst nicht überzählen kann. Hierdurch macht er es dem Kläger unmöglich oder doch schwierig, die gekaufte Waare zu übersehen, und sich dadurch von deren Quantität zu überzeugen.
3) Des Beklagten schleunige Entfernung, ohne die Rechnung aufzustellen, ergiebt, daß er sich keines ehrlichen Handels bewußt gewesen, daß er eben auch hier, wie er in seinen Briefen sich ausdrückt, hat „auskneifen" müssen. Es belastet ihn also auch hier die alte Rechtsvermuthung: „Flüchtig Mann, schuldig Mann."
4) Faßt man alles Dies zusammen, so muß es denn freilich zu einer evidentia facti werden, daß des Beklagten ganze Thätigkeit bei dem Handel mit Kläger, sein Vorbringen von Unwahrheiten und Verschweigen von Thatsachen durch die Absicht geleitet ward, den Kläger zu täuschen und ihn dadurch
   a. zu einem Irrthum über die Quantität, welche Kläger nach den geforderten Stückpreisen und dem Gesammt-Preise von 340 Thlrn., für viel beträchtlicher halten mußte, und
   b. zum Abschluß des Vertrages selbst zu bewegen.

Es gehört zwar nicht zu den Requisiten des Betruges, ist aber doch hier zur Erklärung der betrügerischen Absicht zu wiederholen, daß die klägerischen Sachverständigen die Waaren auf 169½ Thlr., die beklagtischen auf 251 — 281 Thlr. abgeschätzt haben, daß also Beklagter selbst nach dem letzteren Gutachten, den Kläger um circa 100 Thlr. übervortheilt hat.

Digitized by Google

III. Das dritte Requisit des Betruges endlich, welches oben aufgestellt ist:

> daß des Beklagten Absicht nun auch realisirt ist; daß Kläger wirklich durch ihn, insbesondere über die Quantität, getäuscht, und dadurch zum Abschlusse des Vertrages bewogen ist,

dieses Requisit wird durch den Erfüllungseid vollständig festgestellt. Bei dessen Ableistung war also die Rescissionsklage wegen Betruges überall für begründet zu erachten und der Beklagte nach dem Klageantrage zu verurtheilen.

Dies Erkenntniß I. Instanz, gegen welches keine der Parteien ein Rechtsmittel eingelegt hat, ist rechtskräftig geworden. Nachdem Kläger den ihm auferlegten Eid abgeleistet hat, ist sodann in der Purifications-Resolution die Verurtheilung des Beklagten nach dem Klageantrage ausgesprochen. —

Nr. 3.

Unter welchen Voraussetzungen ist die Umwandlung einer hypothekarischen Caution in eine unbedingte Hypothekenforderung zulässig?

Der Fabrikbesitzer H., welchem das Bankhaus T. einen Credit eröffnet hatte, bestellte demselben mit seinem Grundvermögen eine hypothekarische Caution von 15000 Thlrn. für diejenigen Vorschüsse, die er von dem genannten Bankhause erhalten möchte. Nachdem diese Vorschüsse die Höhe von 15000 Thlrn. erreicht hatten, klagte das Bankhaus dieselben gegen H. ein und erwirkte auch auf Grund des gerichtlichen Anerkenntnisses des Schuldners dessen Verurtheilung zur Zahlung. Der Kläger überreichte nunmehr den Agnitionsbescheid dem Hypothekenrichter mit dem Antrage, die judicatmäßige Forderung von 15000 Thlrn. an der Stelle der Caution im Hypothekenbuche einzutragen, erhielt jedoch den Bescheid, daß er sich mit seinem Antrage an den Prozeßrichter zu wenden habe, da die Eintragung nur auf dessen Requisition stattfinden könne. Seine hiergegen bei dem Appellationsgericht zu Hamm erhobene Beschwerde wurde durch die Verfügung desselben vom 10. December 1862 aus dem Grunde zurückgewiesen, weil aus dem eingeforderten Berichte der

Digitized by Google

Hypothekenbehörde sich ergeben hatte, daß hinter jener Caution von 15000 Thlrn. noch 15 verschiedene Posten im Gesammtbetrage von mehr als 24000 Thlrn. im Hypothekenbuche eingetragen waren.

„Unter diesen Umständen — so wird in der gedachten Verfügung gesagt — kann die Judikatforderung von 15000 Thlrn. nicht anders als mit Zustimmung der später eingetragenen Realgläubiger an die Stelle der Caution eingetragen werden, weil durch eine solche Eintragung das Interesse der gedachten Hypothekengläubiger insofern wesentlich gefährdet würde, als nach erfolgter Cession der Judikatforderung die Befugniß der Realgläubiger, die Richtigkeit der Forderung zu bestreiten (§§ 392 f. der Konk.-Ordn.) dem in gutem Glauben befindlichen Cessionar gegenüber beschränkt, beziehungsweise ausgeschlossen sein würde. Ist die Einwilligung der Gläubiger nicht zu erlangen, so kann dem klagenden Bankhause nur überlassen werden, bei der Subhastation der verpfändeten Immobilien und der Belegung und Vertheilung der Kaufgelder seine im Voraus hypothekarisch versicherte Forderung zu liquidiren und Befriedigung wegen dieses Liquidats an der Stelle, an welcher die Caution eingetragen ist, zu verlangen, und wenn die Richtigkeit des Liquidats von andern Gläubigern bestritten werden möchte, seine Ansprüche diesen gegenüber in einem besondern Prozesse auszuführen und nachzuweisen."

Diesem Bescheide gegenüber machte der Beschwerdeführer in einer Gegenvorstellung Folgendes geltend:

„... Die Fürsorge für die postintabulirten Creditoren beruht weder auf einem für die Creditoren erlassenen Spezialgesetz, noch auch läßt sich dieselbe aus den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften rechtfertigen. Es ist allerdings richtig, zwischen der Cession einer definitiven Forderung und der einer cavirten liegt für den nacheingetragenen Creditor ein bedeutender Unterschied. Es ist ferner auch nicht zu bestreiten, daß wo nicht das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen statuirt, eine materielle Aenderung in voreingetragenen Posten zu Ungunsten postintabulirter Gläubiger unzulässig ist. Indeß treffen alle diese Bedenken hier nicht zu. Die hypothekarische Caution begründet ein vollständiges Unterpfandsrecht,

§§ 4. 14. A. L. R. I. 20.

welches in seiner Wirksamkeit allerdings durch den Nachweis, resp. die Liquidstellung der cavirten Forderung bedingt ist.

Digitized by Google

Tritt diese Bedingung ein, d. h. weist der Gläubiger durch probable Urkunden resp. ein rechtskräftiges Erkenntniß die Existenz der versicherten Forderung nach, so muß der Hypothekenrichter, sobald keine nacheingetragenen Gläubiger vorhanden, unbedenklich die Umschreibung bewirken. Dies scheint auch das Appellations-Gericht anzunehmen. Inwieweit aber jene Gläubiger dieses Recht ändern sollten, ist nicht abzusehen. Sie leiten doch ihr ganzes Recht von dem Eigenthümer her und können selbstredend nicht mehr Rechte von jenem erwerben, als er selbst hatte. Er hat aber bereits sein Recht insoweit eingeschränkt, als er dem gesicherten Gläubiger das Recht gab, ihm (d. h. dem Eigenthümer) gegenüber, bei nachgewiesener Existenz des cavirten Forderungsrechts (also bei eingetretener Bedingung) die Caution in eine definitive Forderung umschreiben zu lassen. Er selbst also muß damit zufrieden sein, daß der Gläubiger nur ihm gegenüber jenen Nachweis des Eintritts der Bedingung führt. Wie sollte er nun seinen Successoren, den nacheingetragenen Gläubigern, das Recht übertragen können, daß auch ihnen gegenüber, die zur Zeit des Cautions-Vertrages noch gar nicht bestanden, jener Nachweis erfolge? Würde er doch durch diese Möglichkeit gerade umgekehrt das Recht des Vorintabulirten, dem er statt eines, hundert Gegner schaffte, kränken. Dabei ist nicht zu übersehen, daß dieses Recht des Gläubigers durch die Caution ausdrücklich im Hypothekenbuche eingetragen ist, daß es also jeder später eingetragene Gläubiger wissen mußte, somit in mala fide war.

Allerdings haben, wie oben zugegeben, diese Gläubiger durch die Umschreibung möglicher Weise Nachtheil; allein das berechtigt sie nicht, den etwaigen Beschädiger in Ausübung seines Rechts zu hindern. Qui jure suo utitur, neminem laedit. Und tritt nicht die Möglichkeit einer solchen Beschädigung jeden Augenblick ein, sobald ein definitiv Intabulirter, der vorsteht, cedirt? Befürchten die Nachstehenden einen solchen Schaden, nun so mögen sie ihre Einreden vermerken lassen, was ihnen sowohl wie dem Schuldner freisteht.

§§ 424 A. L. R. I. 20 und § 89 der Einleit. zum A. L. R. § 392 Konk.-Ord.

Man könnte zweitens auch aus der Analogie der Protestationen die hier verfochtene Ansicht begründen.

Im Allgemeinen wird nämlich auch der Eintrag der Caution

Digitized by Google

zu den hypothekarischen Protestationen zu zählen sein; denn auch er begründet ein bedingtes Hypothekenrecht, welches auf Ausmittelung der zu Grunde liegenden Forderung Behufs seiner unbedingten Wirksamkeit wartet.

§§ 299, 152, 153 Tit. II der Hypoth.-Ord.

Es soll damit keineswegs geläugnet werden, daß zwischen einzelnen Protestationen und der Caution wesentliche Unterschiede vorherrschen, da das unbedingt zugestanden werden wird, daß in einem Falle die Analogie eine schlagende ist.

Man setze den Fall: A bestellt dem B Hypothek für 15000 Thlr. Darlehn, quittirt über den Empfang und beantragt den Eintrag im Hypothekenbuche. In Wahrheit ist ihm indeß noch nicht gezahlt, vielmehr will der Gläubiger im Sinne des Gesetzgebers sich zunächst vergewissern, ob die versprochene Hypothek sicher sei. Er verlangt also zunächst den Hypothekenbuchs-Auszug. Indeß der Schuldner, nicht minder vorsichtig, beantragt seinerseits beim Hypothekenrichter den Eintrag einer protestatio non numeratae pecuniae. Letzterer Eintrag erfolgt wie auch ersterer bereits erfolgt ist. Dann also steht die Sache vollständig, wie wenn eine Caution für ein künftig zu zahlendes Darlehn eingetragen, und lassen sich nun in diesem Status Gläubiger postintabuliren, so müßten dieselben das Recht haben, zu verlangen, daß erst ihnen gegenüber der Nachweis der Zahlung der Valuta erfolge, ehe jene Protestation gelöscht werden könne, da ja auch sie, wenn nach gelöschter Protestation cedirt würde, in ihrer Befugniß, die Richtigkeit der voreingetragenen Forderung zu bestreiten, dem in gutem Glauben befindlichen Cessionar gegenüber beschränkt sind, indem eine materielle Aenderung in der vorstehenden Post vor sich gegangen ist.

Und doch bliebe ihr Protest ohne alle Wirkung. Denn der § 421 A. L. R. I. 20 bestimmt ausdrücklich, daß der Eintrag der Protestation dem Gläubiger das Recht ertheilt, die Forderung selbst nach gehobenem Widerspruch oder ergänzter Formalität an dem Orte, wo die Protestation vermerkt ist, zu allen Zeiten eintragen zu lassen, und es ist diese definitive Umschreibung so wenig von dem Einverständniß der postintabulirten Gläubiger abhängig, daß vielmehr der Hypotheken-Richter verpflichtet ist, auf einfachen Antrag des Gläubigers

Digitized by Google

die Protestation zu löschen und damit die bedingte Forderung in eine definitive zu umschreiben.

§ 49 der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853.

Daß aber die Konk.-Ordnung in diesen Bestimmungen keine Aenderung treffen wollte, ist nach der ganzen Fassung ihrer Sanctionen wohl nicht zu bezweifeln, wird übrigens auch in den Materialien mehrfach anerkannt."

Das Appellationsgericht zu Hamm hat sich jedoch durch diese Ausführungen nicht veranlaßt gefunden, von dem früheren Beschlusse abzugehen.

„Denn — so lautet der anderweitige Bescheid vom 28. Januar 1863 — abgesehen von dem für die beantragte Umschreibung der Caution darin gefundenen Anstande, daß der Nachweis der Identität zwischen der durch die Agnitoria festgestellten und derjenigen Forderung fehlt, zu deren Sicherheit die Caution eingetragen ist, kommt in Betracht, daß — wie in der Remonstration selbst anerkannt wird — durch Umschreibung der Caution in eine Hypothek die Stellung der postlocirten Gläubiger verschlechtert wird, weil eine Caution nur den Charakter eines bedingten Anspruchs hat, und daß, wenngleich diese Gläubiger sich die Umschreibung gefallen lassen müssen, dieselben doch hierzu nur unter der Voraussetzung, daß die bezüglichen Bedingungen wirklich eingetreten, verpflichtet sind, daß aber der Beweis hiervon nur im Wege des Prozesses geführt werden kann, und es daher der Anstellung desselben bedarf, sofern der Consens zur Umschreibung nicht freiwillig ertheilt wird."

Bei der unläugbaren praktischen Wichtigkeit der oben aufgestellten Frage wäre es sehr wünschenswerth, daß der hier dargestellte Rechtsfall zu weiteren Erörterungen über diesen Gegenstand so wie zur Mittheilung der Praxis anderer Gerichte Veranlassung gäbe.

Digitized by Google

Nr. 4.

Entschädigungsklage gegen den Machtgeber wegen eigenmächtiger Besitznahme des im mündlichen Auftrage desselben gekauften und bebauten Grundstückes.

Der Maurermeister S. war von dem Kaufmann H. mündlich beauftragt worden, ein bestimmtes Grundstück für ihn zu kaufen und ein Haus auf demselben zu bauen. Er führte auch diesen Auftrag aus, indem er (obwohl in eigenem Namen) das bezeichnete Grundstück käuflich erwarb und ein Haus darauf errichtete. Sobald das Gebäude fertig war, setzte sich H. in dessen Besitz, ohne daß eine Uebergabe an ihn erfolgt war. Der Maurermeister S. trat nun gegen ihn mit dem Antrage klagend auf:

> den Verklagten zur sofortigen Räumung des Grundstückes so wie zur Zahlung einer angemessenen Entschädigungssumme für den entzogenen Gebrauch zu verurtheilen.

Diesem Antrage entsprach auch der erste Richter, indem er ausführte:

Es liege ein gemischtes Geschäft vor, nämlich ein Mandat insoweit, als der Kläger beauftragt war, für den Verklagten ein Grundstück zu kaufen, und ein Vertrag über Handlungen insoweit, als er auf demselben ein Haus erbauen sollte. Das Eigenthum des Grundstückes, welches der Kläger zwar in Folge jenes Mandats, jedoch in eigenem Namen gekauft habe, und welches auch für ihn im Hypothekenbuche eingetragen sei, sei nicht ohne Weiteres auf den Verklagten als Mandanten übergegangen. Hierzu habe es einer vollständigen Uebergabe Seitens des Klägers bedurft. Diese Uebergabe habe der Verklagte nicht bewiesen. Seine Besitznahme sei daher als eine widerrechtliche anzusehen, die ihn eben deshalb zur Räumung des Grundstückes, so wie zur Entschädigung des Klägers verpflichte.

Auf die Appellation des Verklagten ist jedoch durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 15. Januar 1863 der Kläger, unter Abänderung des ersten Urtheils, mit seinem Antrage aus folgenden Gründen abgewiesen worden.

Allerdings faßt der erste Richter das in der Klage bezeichnete Rechtsgeschäft ganz richtig als ein gemischtes auf — als ein Mandat zum Ankaufe eines Grundstücks und als einen Vertrag über Hand-

Digitized by Google

lungen, nämlich über die Erbauung eines Hauses (**locatio, conductio operis**). Dabei verkennt aber derselbe den eigentlichen Klagegrund. Er sagt am Schlusse seiner Entscheidungsgründe wörtlich:

> „Das unter den Parteien bestehende Vertragsverhältniß und die Frage, ob etwa Verklagter die Tradition verlangen könne, bleibt hierbei ganz unberührt, indem es hier lediglich darauf ankommt, daß der Verklagte sich ohne vorherige Tradition widerrechtlich in den Besitz gesetzt hat."

Dies stimmt durchaus nicht mit der Intention des Klägers, wie sie in der Klage ganz klar ausgesprochen ist. Diese will keineswegs den Fortbestand des unter den Parteien obwaltenden Vertragsverhältnisses unberührt und nur den Besitzstand wiederhergestellt und den durch dessen Verletzung entstandenen Schaden ersetzt wissen, sondern sie bezweckt die Aufhebung des ganzen Vertrages und damit die Beseitigung aller von dem Verklagten an die fragliche Besitzung zu machenden Ansprüche. Denn nachdem in der Klage angeführt worden, daß der Verklagte den mündlich abgeschlossenen Vertrag nicht erfüllt, vielmehr demselben durch die heimliche Besitznahme des fraglichen Hauses entgegengehandelt habe, wird ausdrücklich gesagt:

> „Den Bestimmungen der §§ 155 ff. I. 5. § 877 I. 11 A. L. R. gemäß, will jetzt auch der S. (Kläger) von seinem Rechte, von dem mündlich geschlossenen Vertrage zurückzutreten Gebrauch machen."

In diesem Sinne allein sind die Anträge gestellt, also dahin zu verstehen:

> daß das fragliche Grundstück nebst dem darauf erbauten Hause dem Kläger, als dem alleinigen Eigenthümer, geräumt und demselben der durch den entzogenen Gebrauch seines Eigenthums erwachsene Schaden erstattet werde.

Ein solcher Klageantrag ist aber völlig unstatthaft.

Der Kläger hat in Folge des ihm mündlich vom Verklagten ertheilten Mandats, wiewohl dem Verkäufer gegenüber im eigenen Namen, das gedachte Grundstück gekauft und sich verpflichtet, für den Verklagten ein Haus darauf zu bauen. Alles, was er in Ausführung dieses Abkommens gethan, kommt nicht ihm, sondern allein dem Verklagten zu Gute § 62 Tit. 13 Th. I A. L. R., ohne daß es einen

Digitized by Google

Unterschied macht, ob er bei dem Ankaufe des Bauplatzes in eigenem Namen gehandelt hat oder nicht.

Vergl. Präj. des Ober-Tribunals 1333 vom 8. September 1843 (Sammlung S. 76) und 2326 vom 31. October 1851.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 5. Septbr. 1851. (Striethorst Archiv Bd. 3 S. 253 f.)

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 31. Januar 1856 (ebenda Bd. 20 S. 100 f.)

Die Richtigkeit des Plenarbeschlusses des Ober-Tribunals vom 2. October 1848 Präj. 2052 (Entscheid. Bd. 17 S. 19 f.) kann man dabei ganz auf sich beruhen lassen. Jedenfalls hat der erste Richter eine unrichtige Anwendung davon gemacht. Es handelt sich hier um das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten. Der Kläger in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter war gar nicht befugt, dem Verklagten den Besitz des in seinem Auftrage gekauften und für ihn bebauten Grundstückes vorzuenthalten. Wenn daher der Verklagte ohne förmliche Besitzübertragung sich selbst in den Besitz setzte, so hat er dadurch ein Eigenthumsrecht des Klägers nicht verletzt, denn ihm gegenüber konnte der Kläger ein solches Recht gar nicht mit Erfolg geltend machen. Er hatte weder ein Recht auf den Besitz noch vielweniger auf den Gebrauch des Hauses und kann deshalb weder Räumung noch Schadensersatz verlangen.

Durch diese dem Inhalte der Klage allein entsprechende Auffassung derselben beseitigt sich auch ganz von selbst die Seitens des Klägers in der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz geltend gemachte Ansicht, daß es sich hier — abgesehen von dem Entschädigungsanspruche — um eine bloße Wiederherstellung des Besitzstandes handele und daher eine Appellation nicht zuläßig sei. Eine gewaltthätige oder heimliche Besitzentziehung liegt gar nicht vor. Der Kläger hat auch nicht im Possessorienprozesse die Wiedereinräumung des Besitzes verlangt, sondern diese als ein ihm zustehendes Recht petitorisch geltend gemacht. Ein solches Recht stand ihm aber, wie oben ausgeführt, nicht zu.

H. 1232.

Digitized by Google

Nr. 5.

Hat ein Vertrag, wodurch dem Recht auf die gesetzliche Baulinie (§§ 139, 140 I, 8 A. L. R.) entsagt wird, ohne Weiteres dingliche Wirkung gegen den Nachfolger im Besitz des berechtigten Grundstücks?

Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig.

Das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig hat diese Frage in einem Urtel vom 5. November 1863 bejaht, weil dergleichen Einschränkungen des Eigenthums nach § 191 I, 8 A. L. R. durch verbindliche Willenserklärungen der Berechtigten aufhören, und weil heutzutage die Errichtung von Grundgerechtigkeiten durch bloßen Vertrag mit dinglicher Wirkung gestattet ist (Anh. § 58 zu I, 22 A. L. R.). — Wir verkennen nicht den Werth dieser Argumente. Ein Entsagungsvertrag ist gewiß eine „verbindliche Willens-Erklärung" und gehört zu den in § 43 I, 22 A. L. R., (welcher nach dem Allegat in § 191 cit. als bezogen gelten muß) als Erlöschungsgründe von Grundgerechtigkeiten genannten „allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können." Auch verhält sich die Aufhebung einer gesetzlichen Einschränkung des Eigenthums gegenüber der Neubegründung einer Grundgerechtigkeit, z. B. eines negativen Rechts — auf einem fremden Grundstück Etwas zu thun — womit jene Aufhebung eine gewisse Aehnlichkeit zeigt, offenbar wie das minus zum majus, und es scheint inconsequent, wenn man für jene ein Mehreres erfordert, als für diese. Allein das im A. L. R. so mächtige Princip des guten Glaubens, insonderheit des Glaubens des Hypothekenbuchs, mit dem wir uns bereits in einer anderen Beziehung in diesen Beitr. (Bd. 4 S. 358 ff.) beschäftigt haben, wird seine Wirkung auch hier äußern müssen. Kein Rechtsinstitut des preuß. Sachenrechts, in das sich nicht seine Fäden erstreckten! Daß er auch bei Aufhebung von Grundgerechtigkeiten (durch Verjährung und Confusion) von Bedeutung ist, ergeben die hier nicht näher interessirenden §§ 50—54 I. 22 A. L. R. Bei der Aufhebung durch Vertrag fehlt es an dergleichen, den guten Glauben des neuen Erwerbers schützenden speziellen Bestimmungen. Es müssen also die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Nun ist es ein, wenigstens in der neueren Jurisprudenz unstreitiger Rechtsgrundsatz, daß bei dem Erwerbe dinglicher Rechte auf ein im Hypothekenbuche eingetragenes Grundstück dieses in dem Gesammtumfange vorausgesetzt werden darf, den es bei der Anlage seines Hypothekenfolii einnahm, insofern keine Veränderungen darauf vermerkt sind.

Digitized by Google

Der eingetragene Eigenthümer wird insoweit als wirklicher Eigenthümer fingirt. Ist der Titel in Ordnung und kommt die entsprechende Erwerbungsart (beim Eigenthum die Uebergabe, bei der Hypothek die Eintragung ꝛc.) hinzu, so ist das dingliche Recht — den guten Glauben des Erwerbers vorausgesetzt — auf das Grundstück in jenem Gesammtumfange erworben, gleichviel ob einzelne Theile davon durch ein an sich giltiges Veräußerungsgeschäft bereits abgelöst waren (Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals vom 6. März 1854 — Entsch. B. 27 S. 287 — Just.-Min.-Bl. S. 171 — und v. 19. März 1855 — Just.-M.-Bl. 119 —). Es fehlt nicht an Solchen, die diesen Grundsatz auch auf eigentliche Pertinenzen ausdehnen (Kretschmann in d. Beitr. B. 4 S. 1 f. A. M. das Ober-Trib. und Koch.) Indessen kann dies hier auf sich beruhen. Eine gesetzliche Einschränkung des Eigenthums ist als ein mit dem Besitze des Guts von selbst verbundenes Recht, nicht nach der Analogie von Pertinenzstücken, die die einer an sich selbstständigen Sache willkührlich gegebene Bestimmung zum Dienste einer anderen voraussetzen (§ 42 I, 2 A. L. R.), sondern nach der Analogie von Substanztheilen zu behandeln (§ 4. 8. ib.). Muß nun anerkannt werden, daß mit der Uebergabe des Grundstücks auch alle damit verbundenen Rechte übergehen, ohne daß es einer besondern Besitzergreifung bedarf (§ 77 I, 7 A. L. R.), so dürfte auch zu folgern sein, daß hierzu auch alle diejenigen gesetzlichen Nachbarrechte zu rechnen sind, welche zur Zeit der Anlegung des Hypothekenfolii mit dem Besitz des Grundstücks verbunden waren, und deren Aufhebung zur Zeit des Besitzübergangs im Hypothekenbuche nicht vermerkt ist. Dies oder die Kenntniß von dem Entsagungsvertrage zur Zeit der Erwerbung wird daher immer dem letzteren hinzutreten müssen, wenn derselbe von dem Nachbar auch dem Besitznachfolger des Entsagenden entgegengesetzt werden soll.

Nr. 6.

Entschädigungsanspruch mehrerer Aktionaire gegen die Gründer einer Aktiengesellschaft.

Mehrere Mitglieder der Steinkohlen-Bergbau-Aktien-Gesellschaft Zollern nahmen die Gründer derselben auf Erstattung ihrer Einlagen, gegen Cession aller durch letztere erworbenen Rechte, mit der Behauptung in Anspruch, daß die Verklagten durch ihr pflichtwidriges Verhalten,

Digitized by Google

den Klägern gegenüber, ja durch vorsätzliche Täuschung dieser sich verantwortlich gemacht hätten. — Diese Klage ist jedoch durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Hamm vom 11. December 1860 und des Appellationsgerichts daselbst vom 7. December 1861 als unbegründet verworfen worden.

Die Entscheidungsgründe zweiter Instanz lauten, wie folgt:

Durch Unterzeichnung der Betheiligungsscheine sind Kläger mit allen übrigen Unterzeichnern solcher Scheine in ein Societäts-Verhältniß getreten, aus welchem die Gesellschaft Zollern hervorgegangen ist. Ein hiervon unabhängiger Vertrag zwischen ihnen und den Gründern der Gesellschaft ist nicht geschlossen. Es erscheint vielmehr als eine willkührliche, haltlose Auffassung der Kläger, wenn sie meinen, daß durch die, in der Unterzeichnung der Betheiligungsscheine liegende Acceptation der ihnen vermittelst des Prospects und Statuts von 1856 von den Gründern gemachten Offerte ein selbständiger Vertrag zwischen ihnen einerseits und den Gründern resp. Proponenten andererseits zu Stande gekommen sei. Inhalts der gedachten Urkunden war vornherein die Errichtung eines Gesellschaftsvertrages bezweckt. Den Verklagten allein gegenüber kann daher das eingegangene Vertragsverhältniß nicht angefochten und gegen sie ein Recht auf Rücktritt von dem Vertrage seitens der Kläger nicht erstritten werden. Nicht die Verklagten als Gründer oder Mitgesellschafter, sondern sämmtliche Actionaire zusammen resp. die Gesellschaft Zollern, als juristische Person, nehmen die Stellung der Gegencontrahenten der Kläger ein. Hieraus folgt weiter, daß Kläger nur auf solche Handlungen der Verklagten, welche in die Zeit vor Unterzeichnung der Betheiligungsscheine fallen, Ansprüche gründen können und daß daher alle Behauptungen der Kläger, welche sich auf das spätere Verhalten der Verklagten beziehen, unerheblich sind, wenigstens nur in soweit in Betracht kommen könnten, als sie zur Auslegung früherer Handlungen oder Aeußerungen der Verklagten zu dienen geeignet wären. Ein selbständiger Werth ist also allen diesen Behauptungen abzusprechen. Namentlich kann nur die Gesellschaft Zollern für befugt erachtet werden, die vermeintlichen Malversationen der Verklagten bezüglich der Societätsverhältnisse zur richterlichen Cognition zu bringen. Dem steht der § 86 Tit. 4 Th. I des A. L. R. nicht entgegen, welcher vorschreibt, daß der Betrüger nicht nur den Betrogenen, sondern auch Andere, die bei dem, durch Betrug erregten Irrthume Schaden gelitten haben, entschädigen müsse. Wollten sich Kläger auf diese Vorschrift berufen, so lag ihnen der Beweis ob, daß gegen die Gesellschaft ein Betrug ausgeführt worden sei, durch welchen sie, die Verklagten, wenn-

Digitized by Google

gleich unabhängig von ihrer Stellung zu der Gesellschaft als deren Mitglieder, Schaden genommen. Es bedurfte also der vorausgegangenen Feststellung eines Betrugs gegen die Gesellschaft oder deren Beitritts zu dem Prozesse.

Hiernach muß dem ersten Richter zunächst darin beigepflichtet werden, daß der Klageanspruch seine Begründung nur, entweder in einer Verletzung der den Verklagten angeblich obgelegenen Mandatspflichten, oder in einer, ihnen zur Last fallenden Irrthums-Verleitung bezüglich des Eintritts der Kläger in die Gesellschaft finden könne. Ein Mandatsverhältniß zwischen den Klägern einerseits und den Verklagten andererseits hat aber, inhalts der Acten, so wenig, wie ein anderes, außerhalb der Societät liegendes Vertragsverhältniß existirt. Haben die Verklagten durch die, in den obgedachten Documenten enthaltenen Erklärungen ein Mandat überkommen, so sind sie nur allen Actionairen gemeinschaftlich verpflichtet. § 210 Tit. 13 a. a. O. Ueberdies aber kann in keinem Falle von Anwendung der §§ 21 bis 26. a. a. O. auf welche Kläger sich berufen, hier die Rede sein. Aus jenen Urkunden geht hervor, daß die Verklagten

1) dem Publikum gegenüber als Proponenten des ganzen Unternehmens,

2) in Bezug auf die zu bildende Gesellschaft bis zu deren Constituirung, als Gründer und

3) in Voraussetzung dieser Constituirung als Offerenten der, von der Gesellschaft zu acquirirenden Vermögensobjecte aufgetreten sind und somit allerdings die Interessen der Actionaire einer Collision mit ihren eigenen ausgesetzt gewesen. Deshalb aber, weil diese dreifache Stellung sich durch die Propositions-Urkunden jedem Actienzeichner offenbarte und weil daher eine Täuschung in dieser Rücksicht nicht beabsichtigt sein konnte, ist ein Anspruch auf die stattgehabte Collision nicht zu gründen. Nach Ansicht der Kläger lag der Collisionspunkt in dem Zusammentreffen der Interessen der Verklagten, als Veräußerer des Bergwerks-Eigenthums, mit dem ihnen vermeintlich ertheilten Auftrage zu dessen Erwerbung. In dieser Beziehung kommt aber noch in Betracht, daß sowohl das Verkaufsobject, als auch der Kaufpreis durch jene Urkunden festgestellt war. Kein Actienzeichner durfte im Uebrigen bei dem Fehlen jedes Grundes der Proponenten zur Freigebigkeit daran zweifeln, daß dieselben bei dem Unternehmen Vermögens-Vortheile erstrebten und daher in der, als Gründer der Gesellschaft, sich vorbehaltenen Stellung eines Verwaltungsraths resp. Grubenvorstands, sowie als Offerenten des Gesellschafts-Vermögens darauf bedacht sein

Digitized by Google

würden, ihren Zweck auf das Vollständigste zu erreichen. Jeder, welcher demohnerachtet bei der Gesellschaft sich betheiligt hat, muß sich selbst die Schuld beimessen, wenn er dabei Schaden erlitten. Die oben citirten Vorschriften des Gesetzes setzen zu ihrer Anwendung voraus, daß ein Bevollmächtigter die Interessen-Collision verheimlicht hat. Ist das nicht der Fall, so muß angenommen werden, daß der Machtgeber seinen Consens zur Wahrnehmung der collidirenden Interessen gegeben; derselbe muß sich daher dem Erfolge unterwerfen, insoweit der Bevollmächtigte sich, in Ausführung des Mandats selbst, nicht verantwortlich gemacht hat, also ein besonderer, von der Interessen-Collision an und für sich unabhängiger Rechtsgrund für einen, mit der Mandatsklage zu verfolgenden Anspruch nicht hinzugetreten ist. Ein solcher Rechtsgrund liegt hier nicht vor, ist wenigstens nicht angegeben. Von dieser Ausführung abgesehen, war aber noch Folgendes zu erwägen.

Der Klageanspruch ist auf die Behauptung eines erlittenen Schadens gestützt. In dieser Rücksicht fehlt es an dem erforderlichen Beweise. Die von den Klägern geleisteten Einzahlungen sind das Aequivalent für die Erwerbung ihres Miteigenthums an dem Gesellschaftsvermögen, dieselben bilden die Vorleistung für die Gewährung des klägerischen Antheils an dem, durch die Verwaltung des Gesellschafts-Vermögens erstrebten Gewinne. Kläger mußten daher, um darzuthun, daß in der Leistung der Einzahlungen das Erleiden eines Schadens liege, den Beweis antreten, daß das Gesellschaftsvermögen untergegangen, oder daß ein solches niemals vorhanden gewesen und demgemäß eine Gewinnvertheilung nicht zu erwarten — mit anderen Worten: daß das von der Gesellschaft erworbene Bergwerks-Eigenthum werthlos sei. Solchen Beweis haben Kläger nicht angetreten. Ob das Bergwerks-Eigenthum zu billigeren Preisen, als den gezahlten, hätte acquirirt werden können? ob die Verklagten bei Schließung der bezüglichen Verträge ungewöhnliche und übermäßige Vortheile sich verschafft haben, und ob die Gesellschaftsactien gegenwärtig zu verwerthen sind oder nicht? — auf Alles dies kommt nichts an, weil daraus nicht folgt, daß Kläger einen Schaden überhaupt, und insbesondere einen solchen erlitten haben, welcher dem Betrage ihrer Einzahlungen entspricht. Der Werth des Bergwerkseigenthums ist stets ein schwankender; das Gesetz selbst erkennt an, daß er durch Abschätzung nicht festgestellt werden kann. (Anhang § 410 zu § 65 Tit. 52 Th. I der A. G. O.); namentlich ist ungewiß: ob derjenige Antheil an solchem Eigenthum, für welchen sich gegenwärtig kein Abnehmer findet, nicht in späterer Zeit einen bedeutenden Verkaufswerth erlangen wird und umgekehrt? Aus den eigenen

Digitized by Google

Angaben der Kläger geht hervor, daß die Gesellschaft Zollern noch Bergwerkseigenthum besitzt, und daß ihre materielle Insolvenz nicht festgestellt ist. Demzufolge existirt noch ein Aequivalent für die Einzahlungen der Actionaire und diese Einzahlungen können nicht als ein Vermögensverlust betrachtet werden, sondern haben die Bedeutung des Erwerbspreises einer Sache von unbestimmtem Werthe.

Dies vorausgesetzt, fällt gleichzeitig das zweite Klagefundament zusammen. Dasselbe erweist sich aber noch aus anderen Gründen als unzulänglich und unhaltbar. Es besteht in der Behauptung, daß sich die Verklagten aus eigennütziger Absicht ein widerrechtliches Verfahren zum Zwecke der Irrthumserregung haben zu Schulden kommen lassen. Schon oben ist ausgeführt, daß, da nicht die Gesellschaft klagend aufgetreten, hier nur diejenigen Anführungen, welche darthun sollen, daß Kläger zum Eintritte in die Gesellschaft zufolge Irrthums-Erregung verleitet worden seien, einer näheren Prüfung unterworfen werden dürfen. — Kläger haben jenes Verfahren der Verklagten ursprünglich geradezu als Betrug bezeichnet. Auf Irrthümer, in welche Kläger ohne Verleitung gerathen sein mögen, kann es auch um deshalb nicht ankommen, weil solche Irrthümer nur die Entkräftung von Verträgen bewirken (§§ 75 ff. Tit. 4 Th. I des A. L. R.), die Annullirung des hier vorliegenden Vertragsverhältnisses aber — wie gleichfalls schon ausgeführt ist — nicht der Gegenstand eines Rechtsstreites zwischen den Klägern und den Verklagten sein kann. Darnach frägt es sich: ob die gesetzlichen Requisite des Betruges nachgewiesen sind? §§ 84 ff. a. a. O. Es ist die Ansicht aufgestellt worden (conf. Koch's Obligationen-Recht 2. Ausgabe Band 2 Seite 125 § 76 Nr. 4), daß zu dem Betruge im Sinne der citirten Gesetzesstellen es nicht einer positiven Handlung bedürfe, sondern daß ein wissentliches Verschweigen von Umständen genüge. Die zur Begründung dieser Ansicht in Bezug genommenen Vorschriften: § 138 Tit. 11 Th. I § 936 Tit. I und § 166 Tit. 18 Th. II des A. L. R. betreffen aber besondere Rechtsverhältnisse und sind zur Abstrahirung einer allgemeinen Begriffsbestimmung nicht geeignet. Faßt man die fragliche Ansicht dahin auf, daß bloße Passivität hinreiche, um einen Betrug zu constatiren, so steht ihr der (außer jenen Gesetzen noch citirte) § 241 des Strafgesetzbuchs, nach seinem Wortlaute und der Auslegung, welche derselbe bei dem höchsten Gerichtshofe gefunden hat (conf. die Citate in Nota 44 ad § 241 von Oppenhoff's Strafgesetzbuch) geradezu entgegen. Darnach rechtfertigt ein Verschweigen von Thatumständen nur dann den Vorwurf des Betruges, wenn es sich als Unterdrückung von Thatsachen charakterisirt

Digitized by Google

resp. wenn es mit positiven Handlungen in Verbindung steht und diese durch dasselbe zur Irrthums-Erregung erst geeignet werden. — Daß der Begriff des Betruges nach Civilrecht, sofern der Betrug generell zur Aufhebung eines Vertrages und beziehungsweise zur Begründung von Schadensforderungen qualificirt sein soll, ebenso aufgefaßt werden muß, folgt aus § 541 Tit. 11 Th. I des A. L. R., da gemäß dieser Vorschrift eine bloße, wenn auch mit Vorbedacht ausgeführte Verschweigung von Thatumständen nur bei gewagten Geschäften zur Schadloshaltung berechtigt. — Die hier zu beantwortende Frage ist daher:

> Haben die Verklagten durch Unterdrückung wahrer oder Vorbringung falscher Thatsachen in dem Prospecte oder Statute von 1856 die Kläger vorsätzlich zu einem Irrthume verleitet, in Folge dessen von letzteren der Beitritt zur Gesellschaft erklärt worden ist?

Um die Bejahung dieser Frage herbeizuführen, berufen sich die Kläger auf die Verschweigung der Verträge vom 3. und 13. April 1856. Zu einer Offenlegung dieser Verträge war aber für die Verklagten ein verpflichtender Grund nicht vorhanden. Wie schon hervorgehoben ist, konnte sich kein Actienzeichner, welcher von dem Inhalte des Prospects und Statuts Kenntniß nahm, über die Zwecke der Verklagten und ihre Stellung zu den vorhandenen und künftigen Actienzeichnern täuschen. Die von den Verklagten übernommenen Verpflichtungen beschränkten sich darauf, für das Zustandekommen der Gesellschaft zu sorgen und der letzteren das in den Propositions-Urkunden bezeichnete Bergwerkseigenthum zu den beigesetzten Preisfätzen zu verschaffen. Diese Verpflichtungen sind von den Verklagten erfüllt. Daraus, daß sich die Verklagten die correspondirenden Vortheile in vollem Umfange und ohne Rücksicht auf die Interessen der Actionaire angeeignet haben mögen, kann ihnen ein Vorwurf von vermögensrechtlicher Bedeutung nicht gemacht werden. Den Klägern fehlt jeder Anspruch auf einen Einblick in die Rechtsverhältnisse, welche die Verklagten unter sich als Gründer, Proponenten und Offerenten constituirt haben. Insbesondere haben Kläger nicht darnach zu fragen, welche Rechte den Verklagten an den der Gesellschaft verschafften Muthungen (den s. g. Kohlenfeldern) zustanden. Die letzteren sind in dem Prospecte als „erworbene" und in dem (provisorischen) Statute als „zu erwerbende" Felder bezeichnet. Ob dieselben einem Einzelnen oder Mehreren von den Verklagten oder ihnen allen gemeinschaftlich gehörten, und welche Verträge vor dem Uebergange auf die Gesellschaft geschlossen worden sind? ist vollkommen gleichgültig, weil eben jener Uebergang in der That, und zwar für den

Digitized by Google

voraus festgesetzten Preis, bewirkt worden ist. Kläger haben die Interpretation der betreffenden Stellen jener Urkunden in Zweifel zu ziehen gesucht. Dieselben sind aber vollkommen wortdeutlich und die Wortfassung entspricht der obgedachten Verschiedenheit der Stellung der Verklagten zu dem Unternehmen.

Bei dieser Sachlage findet die Verneinung der vorangestellten Frage kein Bedenken. Kläger selbst haben ihr Einverständniß mit der Verneinung in zweiter Instanz dadurch zu erkennen gegeben, daß sie ihre Zuflucht zu der Ausführung genommen, wonach das vorliegende Geschäft als gewagtes zu behandeln und demgemäß die Anwendung der §§ 539 ff. Tit. 11 Th. I des A. L. R. geboten sei. Diese Ausführung ist aber eine zweiffellos irrige. Die Ungewißheit der Rentabilität einer Sache, mag dieselbe auch noch so groß sein, macht deren Erwerb noch nicht zu einem gewagten Geschäfte im Sinne des 6. Abschnitts a a. O. Ein gewagtes Geschäft setzt voraus, daß für die Hoffnung eines künftigen noch ungewissen Vortheils oder für die Ueberlassung künftiger noch unbestimmter Vortheile ein Aequivalent versprochen oder gewährt worden ist. § 527 a. a. O.

Hiernach ist der Erwerb von Bergwerkseigenthum, gleichviel, ob dasselbe in bloßen Muthungen, oder in schon beliehenen Werken besteht, kein gewagtes Geschäft. Dagegen ist als solches ein Vertrag über künftige Ausbeute zu behandeln, sofern der Erwerbspreis nicht von deren Qualität und Quantität abhängig gemacht ist. §§ 528, 529 a. a. O. Hiernach würde im vorliegenden Falle das, von dem Gründungs-Comite proponirte Geschäft nur dann als gewagtes zu behandeln sein, wenn dasselbe den künftigen, ungewissen Ertrag der bergwerksmäßigen Benutzung der mehrerwähnten Kohlenfelder zum Gegenstande gehabt hätte.

Diese Auffassung ist von dem Königlichen Ober-Tribunale in dem Erkenntnisse vom 20. November 1857 (Striethorst's Archiv B. 27 Seite 155) anerkannt.

Die gegen das vorstehende Appellations-Urtheil von den Klägern erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 26. Februar 1863 zurückgewiesen worden.

H. 1225.

Digitized by Google

Nr. 7.

Regreßklage des im Wechselprozesse in contumaciam Verurtheilten gegen seinen Sachwalter wegen versäumter Anzeige des Termins, worin vom Verklagten der Diffessions-Eid geleistet werden sollte.

Ein in contumaciam verurtheilter Wechselverklagter hatte gegen das Erkenntniß appellirt und sich zur eidlichen Diffession des fraglichen Wechsels erboten. In dem zur Beantwortung der Appellation und weitern Verhandlung der Sache angesetzten Termine wiederholte sein Sachwalter jenes Erbieten mit dem Antrage, den Diffessionseid durch den Richter am Wohnorte des Verklagten erheben zu lassen. Der Appellationsrichter war jedoch der Ansicht, daß der Verklagte zur sofortigen Leistung jenes Eides sich hätte gestellen müssen, und bestätigte deshalb das erste Erkenntniß. Ohne gegen diese Entscheidung die Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen, erhob der Verurtheilte nunmehr gegen seinen Anwalt zweiter Instanz eine Regreßklage mit der Behauptung, daß derselbe ihm von dem anberaumten Termine keine Kenntniß gegeben habe. — Der erste Richter wies den Kläger mit seinem Entschädigungsanspruche ab. Er ging zunächst davon aus, daß dem Verklagten bei Ausführung des ihm ertheilten Mandats ein Versehen nicht zur Last falle, da nach Ausweis der vorgelegten Manual-Akten derselbe ausdrücklich beauftragt worden, die Correspondenz mit dem Sachwalter erster Instanz zu führen und der Verklagte den Letzteren von dem angesetzten Termine benachrichtigt habe. — Aber auch abgesehen hiervon, erklärte der erste Richter die Klage für unbegründet, indem er Folgendes ausführte:

> Mag es immerhin richtig sein, daß der Kläger sich zur Ableistung des Diffessionseides erboten hat, so folgt daraus noch keineswegs, wie er vermeint, daß so lange als feststehend angenommen werden müsse, er würde den Diffessionseid geschworen haben, bis das Gegentheil erwiesen sei. Aus dem bloßen Erbieten kann höchstens, unter Anwendung des bekannten Satzes: „Veränderungen werden nicht vermuthet," bis zum Gegenbeweise geschlossen werden, daß Kläger bei diesem Erbieten auch verblieben sein würde. Zwischen dem Erbieten zum Diffessionseide und dessen wirklicher Ausschwörung liegt aber eine gewaltige Kluft, welche keine Präsumtion zuläßt, daß aus dem Ersteren das Letztere zu entnehmen sei. Dem Kläger

Digitized by Google

lag vielmehr der Beweis ob, daß er den Eid, zu dessen Leistung er sich erboten, wirklich geschworen hätte. Zu diesem Ende mußte er die Fälschung des Wechsels nachweisen; denn nur dann ließe sich der Schluß einigermaßen rechtfertigen, daß er den Diffessionseid, den er zu schwören sich bereit erklärt hatte, re vera geleistet hätte.

Es fragt sich ferner, ob das Erkenntniß des Appellationsgerichts nicht im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg hätte angegriffen werden können. Die in demselben zur Sprache kommende Rechtsfrage ist eine sehr kontroverse. Daraus resultirt aber, daß Kläger den nicht einmal andeutungsweise versuchten Beweis zu führen hatte, daß der Nichtigkeitsrichter ebenso auf eine etwaige Nichtigkeitsbeschwerde entschieden haben würde, wie der Richter zweiter Instanz. Denn die Rechtsanwalte gehören zu den Beamten des Staats; ihre Regreßverbindlichkeit ist, wie die aller Staatsdiener, eine rein subsidiäre.

§§ 89. 81 Tit. 10 Th. II des Allgem. Land-Rechts.
Sie haften erst, wenn dem Beschädigten kein anderes gesetzliches Mittel zur Verfolgung seines Anspruches zu Gebote steht.

In Folge der Appellation des Klägers ist durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 26. Februar 1863 das Urtheil erster Instanz nur dahin abgeändert worden, daß im Falle der Ableistung eines dem Verklagten in Betreff der von ihm behaupteten (nicht vollständig nachgewiesenen) Benachrichtigung des Sachwalters erster Instanz auferlegten Erfüllungseides der Kläger, so wie vom ersten Richter geschehen, im Nichtschwörungsfalle aber nur zur Zeit mit seiner Klage abzuweisen. Abgesehen von dem ersteren, rein thatsächlichen Entscheidungsgrunde wird von dem Appellationsrichter in den Motiven seines Urtheils gesagt:

Schwört der Verklagte jenen Eid, so stellt sich der Regreßanspruch des Klägers als durchaus grundlos dar. Denn es ist alsdann mit dem ersten Richter anzunehmen, daß der Verklagte durch die Benachrichtigung des Sachwalters erster Instanz von dem anberaumten Termine seiner Verpflichtung als Mandatar, welche ausdrücklich dahin ging, die Correspondenz mit jenem zu führen, vollständig Genüge geleistet hat. Wird dagegen der Eid nicht geleistet und eben dadurch festgestellt, daß eine solche Benachrichtigung unterblieben ist, so würde dem Verklagten allerdings ein Versehen zur Last fallen. Allein bevor der Verklagte

Digitized by Google

wegen dieses Versehens verantwortlich gemacht werden kann, muß feststehen, daß daraus dem Kläger ein unabwendbarer Schaden erwachsen ist. In dieser Beziehung erscheint der Umstand von Erheblichkeit, daß nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Verklagten der jetzige Kläger als damaliger Wechselverklagter das in den §§ 52 ff. Tit. 27 der Prozeß-Ordnung zugelassene Separatum in Wechselsachen nicht angestellt hat, wodurch ihm die Möglichkeit gegeben war, „alle seine Einwendungen gegen die Forderungen des Wechselklägers auszuführen, wenn er auch derselben in dem Wechselverfahren nicht gedacht hätte, oder sie in dem Wechselprozesse, aus Mangel am Beweise, ausdrücklich verworfen worden wären." Der Regreßanspruch des Klägers würde daher immerhin zur Zeit für unbegründet zu erachten sein. Dagegen geht der erste Richter zu weit, wenn er vom Kläger den Beweis erfordert, daß die zu diffitirende Wechselunterschrift wirklich falsch sei, daß er also den Diffessionseid geschworen haben würde. Der Kläger hat durch das ihn pro jurare nolente erklärende Erkenntniß einen wirklichen Nachtheil erlitten; denn es ist ihm dadurch die Möglichkeit genommen worden, in diesem Prozesse, seinem Erbieten gemäß, die Wechselunterschrift zu diffitiren. Es ist daher Sache des Verklagten nachzuweisen, daß der Kläger gar nicht in der Lage war, jenen Diffessionseid leisten zu können, daß also mit Recht die Wechselunterschrift als von ihm herrührend angenommen worden, oder mit anderen Worten, daß die auf die contumacia gegründete gesetzliche Fiction auf Wahrheit beruhe. — Ebenso wenig liegt dem Kläger der Beweis ob, daß das Appellations-Erkenntniß in der Wechselsache nicht mit Erfolg im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde angreifbar war. Allerdings bildet die Geltung der §§ 21—24 Tit. 27 der Prozeß-Ordnung den Gegenstand einer Controverse (siehe Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts II S. 405 f. und V S. 451 f.) Das Ober-Tribunal hat sich jedoch in früheren Fällen entschieden für diese Geltung ausgesprochen und auch noch in neuester Zeit diese Ansicht festgehalten. Vergleiche das Erkenntniß desselben vom 9. Januar 1862 in Sachen der Witwe Huppert wider Abraham Löwenstein L. 560, welches einen dem hier vorliegenden ganz gleichartigen Fall betraf. Hiernach konnten die übrigen Einwendungen des Verklagten nicht für begründet erachtet werden. Bei dieser Sachlage war die Entscheidung der Frage, ob der Klageanspruch gänzlich oder nur zur Zeit zu verwerfen, von der Ableistung des dem Verklagten auferlegten Erfüllungseides abhängig zu machen.

C. 300.

Digitized by Google

Nr. 8.

Ist, auch nach Beendigung der Vormundschaft der gewesene Vormund auf Grund der §§ 264, 265 Tit. 18 Th. II des Allgemeinen Land-Rechts*) die nachträgliche Festsetzung des von ihm in Anspruch genommenen Honorars von dem früheren Vormundschaftsrichter zu verlangen befugt?

Bei dem Kreisgericht zu Essen hatte mehrere Jahre hindurch eine mit einer weitläufigen und beschwerlichen Verwaltung verknüpfte Vormundschaft geschwebt, welche demnächst durch den Tod des Pflegebefohlenen ihre Beendigung fand. Der gewesene Vormund nahm nunmehr die Erben seines früheren Pflegefohlenen auf nachträgliche Zahlung eines Honorars für seine vormundschaftliche Verwaltung klagend in Anspruch, wurde jedoch von dem erkennenden Richter zur Zeit abgewiesen, indem derselbe annahm, daß der Kläger nach den §§ 264, 265 Tit. 18 Th. II des Allg. Land-Rechts vorerst die Festsetzung des liquidirten Honorars durch den Vormundschaftsrichter zu erwirken habe. In Folge dessen beantragte der Kläger diese nachträgliche Festsetzung bei dem früheren Vormundschaftsgericht, wurde aber von diesem mit seinem Verlangen zurückgewiesen, da dasselbe sich zu einer solchen Festsetzung nicht mehr für competent erachtete. — Auf die von dem gewesenen Vormunde hierüber geführte Beschwerde hat das Appellationsgericht zu Hamm am 21. Januar 1863 folgenden Bescheid erlassen:

„Die Frage, ob dem Vormunde ein Honorar nach Vorschrift der §§ 264 ff. Tit. 18 Th. II des Allgem. Landrechts zu bewilligen und festzusetzen sei, hat lediglich der Vormundschaftsrichter zu beurtheilen, und sofern nicht andere Gründe für die Aufhebung des Anspruches Seitens des Vormundes vorliegen, ist es dabei gleichgültig, ob die Vormundschaft noch geführt wird, oder, wie im vorliegenden Falle, bereits ihre Endschaft erreicht hat. Der letztere Umstand hat weiter

*) Diese Vorschriften lauten:

§ 264. „Hat jedoch der Vormund, durch vorzüglich kluge und mühsame Administration, das Vermögen der Pflegebefohlenen vergrößert, oder die Einkünfte derselben beträchtlich vermehrt; so darf ihm der Richter ein verhältnißmäßiges Honorarium nicht versagen."

§ 265. „Auch kann ihm der Richter dergleichen Honorarium zubilligen, wenn die Vormundschaft mit einer weitläufigen und beschwerlichen Verwaltung verknüpft ist, und von den Einkünften, nach Abzug aller Ausgaben und Erziehungskosten, ein Ansehnliches erübrigt wird."

Digitized by Google

keinen Einfluß, als daß der gewesene Vormund, sofern ihm das von dem Vormundschaftsrichter festgesetzte Honorar von dem gewesenen Pflegebefohlenen resp. dessen Erben geweigert wird, deshalb Klage einlegen muß, weil die executive Gewalt des Vormundschaftsgerichts mit der Beendigung der Vormundschaft und der Herausgabe des Vermögens aufgehört hatte."

Die hier zur Geltung gekommene Ansicht erscheint nicht unbedenklich. Die §§ 264 f. a. a. O. beziehen sich sowohl nach ihrer Stellung als nach ihrer Fassung auf den Fall einer noch bestehenden Vormundschaftsverwaltung. Die Festsetzung des dem Vormunde unter den Voraussetzungen jener §§ gebührenden Honorars stellt sich daher als ein den Vormundschaftsgerichten zugewiesener Verwaltungsakt dar, als eine Disposition über das Vermögen der Pflegebefohlenen, die insofern mittelbar auf deren Vortheil abzielt, als dadurch der Eifer des Vormundes, für die Vermehrung des seiner Verwaltung anvertrauten Vermögens zu sorgen, immer rege erhalten wird. Ist dies aber richtig, so läßt sich auch schwerlich die Folgerung abweisen, daß mit der Aufhebung der Vormundschaft dem bisherigen Vormundschaftsrichter ein solcher Dispositionsakt entzogen ist. Seine obervormundschaftliche Obsorge hat nun aufgehört; er hat weder das Recht, noch die Pflicht irgend etwas nachzuholen, was früher bei der Vormundschaftsleitung unterblieben ist. Sollte er jetzt noch zur nachträglichen Festsetzung des von dem gewesenen Vormunde hinterher in Anspruch genommenen Honorars angehalten werden können, so würde sein diesfälliger Ausspruch den Charakter eines bloßen Gutachtens haben, nicht aber einer richterlichen Festsetzung, weil eben der frühere Vormundschaftsrichter gar nicht mehr in der Lage ist, von Obervormundschaftswegen eine solche Verfügung zu treffen. Seine Beziehungen sowohl zu dem gewesenen Vormunde als zu dem Pflegebefohlenen haben vollständig aufgehört, mithin auch seine Functionen als Vormundschaftsrichter.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I. Tit. 9.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

Neunter Abschnitt.

Von der Verjährung.

(Fortsetzung.)

§ 580. 1. Diese ganz allgemein gefaßte Vorschrift bezieht sich sowohl auf die subjektiven, als auf die objektiven Erfordernisse der Ersitzung. In ersterer Hinsicht gilt der Grundsatz: „Wer überhaupt keiner Rechte fähig ist, der kann natürlich auch durch Verjährung keine rechtlichen Vortheile erwerben. So ist namentlich eine ersitzende Verjährung auch schon deswegen unmöglich, weil ein Besitz ohne Rechtsfähigkeit nicht gedacht werden kann." [1])

„Es muß daher die Frage, wer durch Verjährung Eigenthum erwerben könne, mit Beziehung auf die allgemeinen Grundsätze des Verjährungsrechts beantwortet werden. Insbesondere werden aber auch alle, welche etwa von der Erwerbung des Eigenthums an gewissen Sachen gesetzlich ausgeschlossen sind, sich in der Unmöglichkeit befinden, solche Sachen durch Verjährung zu erwerben." [2])

So stellt auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1453 den Grundsatz an die Spitze:

> „Jeder, der sonst zu erwerben fähig ist, kann auch ein Eigenthum oder andere Rechte durch Ersitzung erwerben."

1) Unterholzner I. S. 94, 95.
2) Unterholzner II. S. 100, 101.

Digitized by Google

Was die objektiven Erfordernisse der Ersitzung betrifft, so wird von der älteren Doktrin die Ersitzung als eine allgemeine Erwerbsart der Rechte überhaupt aufgefaßt. Diese Anschauung hat auch in dem Oesterr. bürgl. Gesetzbuche einen noch bestimmteren Ausdruck als in unserem § 580 gefunden, indem es darin heißt:

§ 1455. „Was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden..."

Mit Recht weist jedoch Unger (System II S. 260 f.) nach, daß diese in einer das richtige Maß weitaus überschreitenden Weise gefaßte Regel nur mit der Beschränkung wahr ist:

> „Was sich besitzen läßt, kann auch ersessen werden, d. h. Rechte, an denen Besitz möglich ist, können auch durch Ersitzung erworben werden, Rechte dagegen, an denen kein Besitz stattfindet, können auch nicht ersessen werden,"

und gelangt somit zu dem Ergebniß (S. 270):

> „daß nur das Eigenthumsrecht, die Dienstbarkeiten und die auf Grund und Boden radicirten Rechte deutschen Ursprungs Gegenstand der Ersitzung sind."

2. In Betreff der Ersitzung von Reallasten ist zu verweisen auf

Duncker, die Lehre von den Reallasten (Marburg 1837) §§ 28 und 29.

Unterholzner II §§ 235, 236, 254.

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 574—576.

Seuffert, Archiv VI. 232. VII. 269. IX 201. XII. 290. XV. 40.

Dr. Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchs-Verfassung auf das Sachenrecht (Berlin 1858) S. 184 — 186.

3. Forderungsrechte können ihrer Natur nach nicht Gegenstand der Ersitzung sein, da es an ihnen keinen Besitz gibt.[1])

Zu weit geht jedoch unser höchster Gerichtshof, wenn derselbe ausgesprochen hat:

> „Nach gemeinem Rechte kann durch die bestimmte Verjährung (praescriptio definita) eine Forderung nicht erworben, noch weniger aber die

---

1) Vergl. hierüber die Literatur bei Glück Comment. XXI S. 50—57.
Unterholzner II §§ 252, 253.
Korte in diesen Beiträgen V S. 139 f.
Dr. Baron ebendas. S. 79 f.

Digitized by Google

dingliche Beschaffenheit derselben begründet werden. — Auch durch di unvordenkliche Verjährung kann dies nicht geschehen."

Erkenntniß vom 15. April 1836 (Entscheid. B. 2 S. 201 f.)

„Durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechts können solch Rechte nicht begründet werden, an denen, als persönlichen, ein juristische Besitz nicht stattfindet."

Plenarbeschluß vom 17. Juni 1844 (Entsch. B. 10 S. 1 f.)

Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf:

Sommer im Arnsb. N. Archiv XIV S. 321, 322 und

Reinhard: Zur Lehre von der unvordenklichen Zeit (Versuch einer Kritik der Ansichten des Preußischen Ober-Tribunals über die Begründung von persönlichen Rechten durch unvordenkliche Zeit) im Archiv für die civil. Praxis. B. 38 S. 186—194.

---

§§ 581 bis 583.

§ 1. J. de usuc. (2. 6): Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

Gaj. l. 9 D. de usurp. (41, 3): Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, etiam liberis hominibus.

Pompon. l. 24 pr. eod.: Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1455. „... Sachen, welche man vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit, oder vermöge der Gesetze nicht besitzen kann; ferner Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind, sind kein Gegenstand der Ersitzung." [1])

---

§§ 584 bis 586. 1.

§ 2 J. de usucap. (2, 6): Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem: vi possessarum lex Julia et Plautia. § 3. Quod autem dictum est, furtivarum, et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile

---

1) Vergl. Unger System II S. 260 f. und in Betreff des gemeinen Rechts Unterholzner I §§ 55 f.

Digitized by Google

procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. Nam qui alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

§ 8 eod. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in dominii potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio. [1])

Peinliche Gerichtsordnung Karl's V. Art. 209: „Und kann an solcher gestolner oder geraubter Habe durch eynich lenge der zeit keyn geweer ersessen werden. [2])

2. Zur Rechtfertigung der aus dem gemeinen Rechte, jedoch in modificirter Weise, entnommenen Vorschriften unseres Landrechts sagt Suarez in seiner Revision der monita zum gedruckten Entwurf:

Es scheint der natürlichen Billigkeit zu resistiren, daß eine geraubte oder gestohlene Sache sogleich in den Händen des ersten, der sie von dem Diebe oder Räuber an sich bringt, sollte verjährt werden können. Ein solcher Erwerber hat immer den Verdacht wider sich, daß er um die unerlaubte Handlung seines unmittelbaren Vormannes gewußt, oder doch erhebliche Gründe, an der Befugniß desselben zu zweifeln, gehabt habe, ohne daß er dessen immer überführt werden kann. Kann er aber wirklich nachweisen, daß er die Sache bona fide von einer unverdächtigen Person acquirirt, so leidet er keinen wirklichen Schaden dabei, weil ihm das, was er dafür gegeben und geleistet hat, bonificirt werden muß. Für die Sicherheit und die Freiheit des Verkehrs ist dadurch zur Genüge gesorgt, daß das vitium sogleich in den Händen des zweiten redlichen Besitzers ausgetilgt wird.

Simon und v. Strampff, Materialien S. 535, 536.

In letzterer Hinsicht scheint sich Suarez der Abweichung vom römischen Recht, wonach das vitium rei nur durch die Rückkehr der Sache in die Gewalt des dominus oder des bestohlenen Besitzers getilgt wird, [3]) nicht bewußt gewesen zu sein, indem er in seinen amtlichen Vorträgen zu §§ 584, 585 bemerkt:

Wenn die römischen Gesetze sagen, daß res furtivae nicht nur von dem Diebe, sondern auch von einem Dritten nicht usucapirt werden können, so reden sie immer nur von einem solchen Dritten, welcher die Sache unmittelbar von dem Diebe acquirirt hat. § 3. J. de usuc. Ist

1) Vergl. Unterholzner I §§ 59—71 (Ausschließung der Verjährung bei entwendeten Sachen.)
§§ 72—75 (Ausschließung der Verjährung bei gewaltsam in Besitz genommenen Sachen.)
Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 393 f.

2) Vergl. Unterholzner I § 60 und die in der Schlußnote angeführten Schriftsteller.

3) Vergl. Unterholzner I §§ 68—70.

Digitized by Google

aber die Sache durch die Hände mehrer possessorum bonae fidei gegangen, so fällt die ratio legis weg. [1])

Ebend. S. 582, 583.

3. Bei der Beurtheilung, ob eine Sache als res furtiva zu betrachten sei, kann natürlich der Begriff des römischen furtum nicht entscheiden. [2])

Rave § 53 sagt hierüber:

.. Quaelibet dolosa Vorenthaltung, Entziehung, Anmaßung, quae fit lucri animo, hinc quaelibet applicatio rei alienae qualitercunque adeptae in usum nostrum dolose facta, Romanis furtum erat. Quaero an hodie notio rei furtivae in hac materia eadem latitudine pateat? Videtur sane sub furto intelligendam esse solam ablationem rei ex custodia alterius animo lucri faciendi, et contrectationem rei alienae furto quidem consimilem, non tamen ipsum furtum esse, quae significatio usu loquendi servatur et textibus Constit. Carolinae criminalis convenit, unde res furtiva, eine gestohlene Sache, ea sola est, quae a fure ablata ex alterius custodia animo lucri faciendi servatur. Auferre autem est, actu corporali movere et tollere rem ex alterius custodia actuali. Proinde puto non tantam comprehensionem inesse rei furtivae apud nos, et hinc quoque in usucapionis materia hunc significatum esse sequendum relicto significatu Romanorum.

1) Ueber den Grund dieses Usucapionsverbotes des röm. Rechts spricht sich Unterholzner I § 61 dahin aus: Wenn die usucapio nicht unbillig sein soll, so muß auf Verhältnisse Rücksicht genommen werden, welche die Vermuthung, als habe man während des Laufs der Verjährung hinlängliche Zeit gehabt, seine Rechte wahrzunehmen, geradezu aufheben. Dieses ist bei entwendeten Sachen der Fall... Der Entwender wird, selbst wenn er die entwendete Sache in die Hände eines redlichen Besitzers bringt, nicht unterlassen, dafür zu sorgen, daß der Eigenthümer sie sobald nicht wieder zu Gesichte bekommt. Er wird z. B. einen Käufer wählen, von dem er weiß, daß er die Sache an einen entlegenen Ort bringt.. Unter solchen Umständen wird wenig darauf zu rechnen sein, daß der Eigenthümer vor dem Ablauf der Ersitzungszeit Gelegenheit finden sollte, sein Eigenthum geltend zu machen. Soll demnach das Eigenthum auf eine billige Weise sicher gestellt werden, so bleibt nichts übrig, als daß die usucapio bei entwendeten Sachen allgemein verboten werde, so daß die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers nicht weiter in Betracht kommt.

Einen andern mehr juristischen Grund für die Ausschließung der Usucapion an res furtivae, die factische Herausnahme gestohlener Sachen aus dem Vermögensverkehr sucht nachzuweisen Schirmer, die Grundidee der Usucapion im Röm. R. (Berlin 1855) S. 120 f.

2) § 6 J. de obl. quae ex del. (4. 1): Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter, cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur: sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit...

Unterholzner I §§ 62—64.

Digitized by Google

So bemerkte auch Suarez in seiner Revision der monita zum gedruckten Entwurfe:

> Ich würde Anstand nehmen, das Gesetz auch auf solche Sachen, die Jemand durch Betrug an sich gebracht hat, zu extendiren. Betrug ist eigentlich nur ein actus mentis, der meist aus den Umständen gefolgert werden muß, und dessen Verbergung und Verstecknng mehrentheils sehr leicht ist. Hier kann also ein redlicher Erwerber gar zu leicht hintergangen werden.

4. Das Usucapionsverbot erstreckt sich nicht auf die von dem (ersten) redlichen Besitzer gezogenen Erzeugnisse der gestohlenen Sache.[1])

> Paul. l. 4 § 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest. Si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum. Quod verum est.
>
> Ulp. l. 10 § 2 D. eod. Scaevola lib. XI. Quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse; sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare, usucapi (so die vulg.; Flor.: usucapere) posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem.[2]) Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.[3])
>
> Paul. l. 48 § 2 D. de acquir. r. d. (41, 1): Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emtorem pertinent, etiamsi praegnantes venierint, vel surreptae sint...

5. Ein Dieb läßt die gestohlene Stute belegen und verkauft das von ihr gezogene Füllen.

Erwirbt der redliche Käufer das Füllen durch die gewöhnliche Ersitzung?

Diese Frage wird zu bejahen sein, weil der Dieb das Füllen zwar unredlicher Weise, aber nicht unmittelbar durch Diebstahl an sich gebracht hat.[4])

Nach römischem Rechte würde das Entgegengesetzte anzunehmen sein, weil hier die perceptio selbst sich als ein furtum im römischen Sinne darstellt.[5])

---

1) Vergl. Unterholzner I § 67.

2) Der letzte Satz findet sich wiederholt in l. 26 D. de V. S. (50, 16).

3) Ueber diese schwierige Stelle vergl. Schirmer in der Note 228 zu Unterholzner I S. 218 f.

4) Es gilt auch hier der obige Satz: partum non esse partem rei furtivae l. 26 D. de V. S.

5) Ulp. l. 48 § 5 D. de furt. (47, 2): Ancilla si surripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus fugitivus est, sive apud furem, edatur, sive

Digitized by Google

6. Gestohlene Wolle ist vom Diebe zu einem Kleidungsstücke verarbeitet und letzteres einem redlichen Dritten verkauft worden.

Ist hier die gewöhnliche Ersitzung ausgeschlossen?

Paulus bejaht dies.

l. 4 § 20 D. de usurp. (41, 3): Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus. Et ideo vestis furtiva erit. [1])

Um so mehr wird dasselbe nach Preußischem Rechte zu behaupten sein, weil darnach die von einem unredlichen Besitzer vorgenommene Spezification gar keine Veränderung in dem Rechtszustande der Sache hervorbringt.

7. Wenn ein redlicher Besitzer die ihm entwendete Sache späterhin dem Diebe gegen Erstattung des Werthes überläßt, so bleibt sie *auch* in den Händen des Diebes der gewöhnlichen Ersitzung unterworfen.

Paul. l. 84 D. de furt. (47, 2): Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen si eo nomine lis aestimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari jam usucapionis jus dicendum est.

Id. l. 4 § 14 D. de usurp. (41, 3): Sed et si vindicavero rem mihi surreptam, et litis aestimationem accepero, licet corporaliter ejus non sim nactus possessionem, usucapietur.

Pompon. l. 32 pr. eod.: Si fur rem furtivam a domino emerit, et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.

Dieser Fall war auch in den Erinnerungen zum gedruckten Entwurfe unseres Gesetzbuches zur Sprache gebracht worden.

Suarez sagt hierüber:

Einige Monenten bemerken, daß eine Ausnahme von dieser Regel statt finden müsse,

a) wenn der Dieb oder Räuber die Sache dem Bestohlenen vergütet hat;

b) wenn er des Bestohlenen Erbe geworden ist.

Letzteres bedarf keiner Bestimmung, denn wer sollte denn vindiciren; Er-

---

apud bonae fidei possessorem,... sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.

l. 12 C. de furt. (6, 2): Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt.

Vergl. Unterholzner I § 67.

1) Vergl. v. Bangerow Leitfaden I. S. 518.

Digitized by Google

steres ist nur unter gewissen Einschränkungen wahr. Allenfalls könnte man irgendwo den allgemeinen Satz einrücken:

Wenn bei dem, welcher eine Sache zuerst aus einem unrechtmäßigen oder unrichtigen Titel erworben hat, dieser Fehler in der Folge verbessert wird, so kommt solches auch allen denjenigen, auf welche er den ferneren Besitz übertragen hat, zu Statten.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 536.

8. Es hat Jemand die von einem Diebe derelinquirte Sache redlicher Weise, nämlich in dem Glauben, daß sie herrenlos sei, occupirt.

Findet die gewöhnliche Ersitzung statt?

In der Voraussetzung, daß ein Putativtitel zur Ersitzung für genügend zu erachten ist, [1]) wird diese Frage zu bejahen sein. Denn sowohl seiner klaren Wortfassung, als seiner oben angegebenen ratio nach (s. Nr. 2) erklärt der § 584 nur den von dem Diebe oder gewaltthätigen Besitzer selbst herrührenden Rechtstitel zur gewöhnlichen Ersitzung für ungeeignet.

Dies Verbot paßt daher gar nicht auf den Fall, wenn der Diebstahl oder Raub einem redlichen Dritten nur die faktische Veranlassung zum Besitzerwerbe bot, so daß dieser seine rechtliche Grundlage nicht in einer Handlung des Diebes oder Räubers findet.

9. Der Erblasser vermacht eine von ihm gestohlene Sache einem Dritten. Der Erbe, der gleich dem Legatar in gutem Glauben ist, übergibt sie dem Letzteren nach Ablauf der Ueberlegungsfrist.

Ist die Sache der gewöhnlichen Ersitzung unterworfen?

Nein, weil der Erbe, welcher im Auftrage des Erblassers die Sache dem Legatar übergibt, nicht als selbständiger Besitzer, sondern nur als Mittelsperson erscheint, so daß der Legatar nicht ihn, sondern den Erblasser zu seinem Auctor hat.

10. Der redliche Besitzer einer gestohlenen, ihm vom Diebe käuflich überlassenen Sache verkauft dieselbe einem redlichen Dritten, unter Vorbehalt des Wiederkaufes, und bringt sie in Folge dessen wieder an sich.

Kann er nunmehr die Sache durch gewöhnliche Ersitzung erwerben?

Ja; denn der Wiederkauf stellt ein besonderes Rechtsgeschäft dar, welches nunmehr den Wiederverkäufer statt des Diebes zu seinem

1) Siehe die Glossen zu § 579 d. T. (Bd. VII. S. 616 f. dieser „Beiträge.")

Digitized by Google

Autor macht. Letzterer befand sich aber bereits in conditione usucapiendi und überträgt daher auch dieses Recht dem Wiederkäufer.

Anders liegt der Fall, wenn dem Verkäufer die Sache wegen deren fehlerhafter Beschaffenheit redhibirt wird. Denn vermöge der mit Erfolg durchgeführten Redhibitionsklage wird das frühere Kaufgeschäft aufgehoben und aus diesem Grunde der Verkäufer wieder in den Besitz der Sache gesetzt, so daß der frühere Rechtszustand ganz wiederhergestellt wird.

10. Die §§ 584 und 648 d. T. sind auf Mobilien nicht zu beschränken, sondern auch auf Immobilien anwendbar.

Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 20. September 1861.
Entscheid. B. 46 S. 22—27.

11. Die neueren Gesetzgebungen haben — und wohl mit gutem Grunde — das Usucapionsverbot rücksichtlich der gestohlenen und geraubten Sachen nicht aufgenommen.

Das Oesterreich. bürg. Gesetzbuch bestimmt nur:

§ 1476. „Auch derjenige, welcher eine bewegliche Sache unmittelbar von einem unechten, oder von einem unredlichen Besitzer an sich gebracht hat, oder seinen Vormann anzugeben nicht vermag, muß den Verlauf der sonst ordentlichen Ersitzungszeit doppelt abwarten."

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen enthält nur die allgemeine Vorschrift:

§ 272. „Ist der redliche Besitzer einer beweglichen Sache zugleich rechtmäßiger Besitzer und hat er den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt, so erwirbt er das Eigenthum, wenn er den Besitz drei Jahre fortgesetzt hat." [1])

Das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch schreibt ausdrücklich vor:

§ 645. „Auch eine Sache, welche durch Diebstahl dem Eigenthümer entwendet worden ist, kann, wenn sie später in die Hände eines rechtmäßigen und redlichen Besitzers kömmt, von diesem ersessen werden." [2])

---

1) In den „Speziellen Motiven" (Dresden 1861) S. 661 wird in dieser Hinsicht bemerkt:
Während das gemeine Recht auch objective Fehler des Usucapionsbesitzes berücksichtigt, z. B. der res furtivae, und dies auch, wiewohl nicht ganz unbestritten (man vergl. Haubold, Lehrb. des sächs. Privatr. § 185 not. d), noch gegenwärtig in Sachsen gilt, faßt das Gesetzbuch die vitia possessionis lediglich subjectiv auf, indem es die mala fides als ein die Usucapion nur in Bezug auf Denjenigen, welcher die Sache fehlerhaft erworben hat, aufhebendes Hinderniß betrachtet.

2) Bluntschli in seinen Erläuterungen B. 2 S. 137, 138 bemerkt dazu:
Diese Bestimmung ist zunächst eine Konsequenz der Hauptregel § 642, indem der Käufer einer gestohlenen Sache, wenn er nicht weiß, noch vermuthen

Digitized by Google

Auch das Französische Recht kennt jenes Verbot nicht. Es bestimmt nur:

art. 2279. „En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient."

Anfang.

§§ 589, 590.

1. Licin. Rufin. l. 22 D. de usurp. (41, 3): Sine possessione usucapio contingere non potest.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 284. „Eine Ersitzung kann nicht beginnen und eine begonnene steht einstweilen still, wenn und so lange der Eigenthümer, gegen welchen die Ersitzung wirksam sein soll, in einer Lage ist, in welcher ihm keine Verjährung der Eigenthumsklage läuft."

2. Ueber den Anfang der Verjährung zur Erwerbung einer Abgabe spricht sich das Ob.-Trib. in dem Präjud. vom 26. Januar 1849 (Nr. 2093) dahin aus:

Die dreißigjährige Frist zur Erwerbung einer Abgabe durch Verjährung beginnt, wenngleich die Abgabe jährlich postnumerando abgeführt ist, nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches sie zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten Entrichtung und wird erst mit dem Tage vollendet, an welchem die Entrichtung der Abgabe nach Ablauf des dreißigsten Jahres für dasselbe bewirkt worden ist.

Denn der Besitz eines affirmativen Rechts wird nach §§ 80 und 109 Tit. 7 Th. I A. L. R. nicht eher erworben und angefangen, als durch die wirkliche Leistung der Handlung selbst.

Entscheid. B. 17 S. 136 f.

---

sollte, daß sie gestohlen sei, rechtmäßigen und redlichen Besitz erwirbt. Es schien aber nöthig, dieselbe ausdrücklich aufzunehmen, da bekanntlich das römische Recht die gestohlene Sache für unfähig erklärt hat, auch von einem rechtmäßigen Besitzer usucapirt zu werden, und auch unsere älteren Rechtsquellen die dingliche Verfolgung gestohlener Sachen ohne Verjährung gestatten. Vergl. Schauberg's Beiträge V. 374, Stadt- und Landr. VI § 56. Auch in die Berner S. § 411 wurde nach einer „langen Diskussion" der römische Satz aufgenommen, der in unserer Kommission ebenfalls Vertreter fand. Indessen erklärte sich die Mehrheit in Uebereinstimmung mit dem Code civ. § 2279 und österr. Ges.-B. § 1461 gegen diese Ausnahme, von der Ansicht ausgehend, daß die innern Gründe, welche für ein allmähliges Wachsthum des Besitzes zu Recht sprechen, auf die gestohlenen, aber redlich erkauften Sachen volle Anwendung finden und es im Interesse der Verkehrssicherheit liege, den mehrjährigen Besitzer gegenüber dem Eigenthümer, der Jahre lang sein Eigenthum nicht verfolgt und nicht geltend gemacht habe, zu schützen.

Digitized by Google

§ 591. 1. „aus einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel“ [1])

l. 24 C. de rei vind. (3, 32): Nullo justo titulo praecedente, possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet...

Paul. l. 13 pr. D. de usurp. (41, 3): Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

Gaj. l. 10 § 5 D. de acq. rer. dom. (41, 1): ... usufructuarius vero usucapere servum non potest: primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quoniam scit servum alienum esse.

l. 8 C. de usufr. (3, 33): Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usumfructum habet, neque successores ejus, ulla temporis ex ea causa tenentes praescriptio munit.

l. 2 C. de praesc. 30 v. 40 ann. (7, 39): ... Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo, jus sibi proprietatis usurpet: ne cogantur domini aut amittere, quae locaverunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1462: „Verpfändete, geliehene, in Verwahrung oder zur Fruchtnießung gegebene Sachen können von Gläubigern, Entlehnern und Verwahrern oder Fruchtnießern, aus dem Mangel eines rechtmäßigen Titels, niemals ersessen werden. Ihre Erben stellen die Erblasser vor, und haben nicht mehr Titel als dieselben..“

Code civil art. 2236. „Ceux, qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps, que ce soit. Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui detiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.“

art. 2240. „On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.“ [2])

2. „oder unredlicher Weise.“ [3])

Paul. l. 2 § 1 D. pro emt. (41, 4): Separata est causa possessionis

---

1) Vergl. Unterholzner II § 183.

2) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Auflage) I § 215 c. bemerkt:

Niemand kann gegen seinen Titel ersitzen, d. i. nur diejenigen können ersitzen, welche kraft eigenen Rechts die Liegenschaft inne haben oder die Dienstbarkeit ausüben. (Das ist der Sinn der Regel: nemo contra titulum suum usucapere potest. Vergl. l. 33 § 1 D. de usurp. Proudhon de l'usufr. II. 756.. Doch hat man die Regel nicht so zu verstehen, als ob man nicht ultra titulum besitzen könnte.) Es können also z. B. nicht Miethsleute, Pächter, Depositare, Nutznießer oder antichretische Gläubiger ihr Recht durch Ersitzung in ein Eigenthumsrecht oder bez. in eine Dienstbarkeit verwandeln. art. 2236. Dasselbe gilt von den allgemeinen Rechtsnachfolgern dieser Besitzer und Inhaber. art. 2237 f.

3) Vergl. Unterholzner I § 98. II § 185.

Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (Erlangen 1820) §§ 4—6.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abtheil. II. S. 323 f.

Digitized by Google

et usucapionis; nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide, quemadmodum qui sciens alienam rem emerit, pro emtore possidet, licet usu non capiat.

l. 7 C. de acq. et ret. poss. (7, 32): Improba possessio firmum titulum possidenti praestare nullum potest. Unde ingredientem in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino vel actore, qui ejus rei concedendae potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est.

l. 6 C. de praescr. l. t. (7, 33): Si fraude et dolo (licet inter majores viginti quinque annis) facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat.

Cap. 5 X. de praescr. (2, 26): Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere; cum bonae fidei possessor dici non possit...

Cap. ult. X. ib.: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

C. 2 de R. J. in VI. (5, 12): Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit.

Löher, System des Preuß. Landrechts S. 86: Bei der erwerbenden Verjährung bedarf es einer Handlung des Erwerbers, einer unredlichen Handlung aber kann kein rechtlicher Gewinn eingeräumt werden. Denn, wie das Sprichwort sagt: „Dem Zweifler gebührt nichts.“ „Ein Jahr böse, hundert Jahr böse.“

3. Ueber den Beweis der bona fides sprechen sich aus:

Voet, com. in P. XLl, 3 Nr. 9: In dubio autem pro bona possessoris fide praesumtio militat, sic ut asserenti, possessorem, in mala fide esse, imposita inveniatur, per indicia idonea probandi necessitas, alienae rei scientiam adfuisse (l. pen. C. de evict.), et merito, cum quisque bonus praesumi debeat, donec malitiae convictus fuerit (arg. l. c. 51 D. pro soc.). Nec est, quod dicas, possidenti injunctum a Justiniano onus probandi (l. pen. C. de praescr. l. t.). Non enim ibi probatio exigitur bonae fidei intuitu, sed ratione possessionis longo tempore, decem puta vel viginti annis continuatae.

Unterholzner I. § 139 S. 497 f.: Eine besondere Untersuchung erfordert die Frage, in wiefern der Verjährende die Redlichkeit seines Besitzes beweisen müsse. Da die Unbekanntschaft mit der Mangelhaftigkeit einer Eigenthumserwerbung, gleich allen rein verneinenden Voraussetzungen, einen Beweis, genau genommen, gar nicht einmal zuläßt, so scheinen

Digitized by Google

Diejenigen vollkommen Recht zu haben, welche annehmen, daß man, um zu beweisen, daß der Besitz die Eigenschaft eines Ersitzungsbesitzes habe, bloß den Rechtsgrund, auf welchem die Besitzerwerbung beruht (justus titulus), zu erweisen brauche, wo alsdann des Besitzerwerbers Unbekanntschaft mit dem Mangelhaften seiner Erwerbung so lange vermuthet werden müsse, bis das Gegentheil dargethan worden ist.[1]) Die gewöhnlichen Gründe für diesen Satz beweisen freilich nicht viel... Dagegen scheint nichts im Wege zu stehen, was uns hindern könnte, die sehr allgemein ausgedrückte Regel im cap. 47 de R. J. in VI (5, 12): „Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur," zur Unterstützung der Ansicht, welche eine Vermuthung für die redliche Meinung aufstellt, geltend zu machen... Wer seinen Besitz als einen redlichen darstellen will, indem er sich auf einen entschuldbaren Irrthum beruft, der ihn zu dem Glauben an einen vorhandenen Rechtsgrund veranlaßt habe, der muß den Beweis der Thatsachen führen, die den Irrthum herbeigeführt haben; denn die Redlichkeit wird nur insofern vermuthet, als sie etwas rein Verneinendes ist.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 12. September 1843: Der Einwand des bösen Glaubens ist nicht als eine Einrede anzusehen, sondern für das Ableugnen eines Theils des Klagegrundes zu erachten, und gehört daher zum directen Gegenbeweise, indem der Verjährende nur vermöge einer Rechtsvermuthung von der Beweislast rücksichtlich seines guten Glaubens befreit wird.

Seuffert, Archiv VII Nr. 114.

Diese Grundsätze gelten auch unzweifelhaft nach Preußischem Recht. Es folgt dies schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 18 Tit. 7 Theil I:

„Die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes, wo nicht die Gesetze in gewissen Fällen und Umständen die besondere Vermuthung des Gegentheils ausdrücklich festsetzen."

desgleichen aber auch aus mehreren, sich speziell auf die Verjährung beziehenden Vorschriften dieses Titels:

§ 628. „Dagegen schadet der Nachweis, daß die Besitznehmung ursprünglich auf den Grund eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels geschehen sei, der Verjährung nur in sofern, als dadurch zugleich die Unredlichkeit des Besitzes dargethan ist."

---

1) Diese Ansicht ist die gewöhnliche der in den Deutschen Gerichten gebrauchten Schriftsteller. Sie findet sich z. B. bei Gilken de usuc. et praesc. p. 2 m. 2 c. 1. Leyser, med. ad P. spec. 455. v. Cramer, Wetzlar'sche Nebenst. Th. 103 Nr. 10 § 202. Westphal, Syst. des Röm. R. über die Arten der Sachen § 597. Glück, Erläut. d. Pand. Th. 9 S. 139. Vergl. Harnier, de probatione malae fidei in praescr. Cass. 1841 §§ 1—3. Böcking, Pand. 147 Note 3. Sintenis, prakt. gem. Civilrecht I S. 512 f.

Digitized by Google

§ 663. „Auch ein fünfzigjähriger Besitz schützt den nicht, welcher der Unredlichkeit dabei überführt werden kann."

Von den neueren Gesetzgebungen bestimmen hierüber:

das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 328. „Die Redlichkeit oder die Unredlichkeit des Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes." [1])

das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 198. „... Die Redlichkeit des Besitzes wird vermuthet."

§ 278. „Die Vermuthung der Redlichkeit des Besitzes weicht dem Beweise daß dem Besitzer das seiner Eigenthumserwerbung entgegenstehende Hinderniß bei Erwerbung des Besitzes bekannt war oder während der Ersitzungszeit bekannt geworden ist, oder daß seine Unkenntniß des Hinderniſſes auf einem nicht entschuldbaren Irrthume beruht." [2])

der Code civil art. 2268. „La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver."

---

§ 592. Suarez bemerkte in dieser Hinsicht in der revisio monitorum:

„Bei der praescriptione acquisitiva würde ich einen Unterschied machen. Derjenige, gegen welchen das judicatum ergangen ist, kann dagegen nicht präscribiren, weil er einmal in malam fidem versetzt worden. Der successor singularis kann ex sua persona die Präscription anfangen, nur bei dem successore universali ist es zweifelhaft, doch würde ich solchen dem singulari parificiren, weil der Unterschied, den das röm.

---

1) Vergl. §. 1477: „Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von dreißig oder vierzig Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels. Die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus.
Unger, System des österr. allgem. Privatrechts II S. 459 Note 25 sagt mit Recht: Die bona fides ist nicht ein positiver Faktor der Ersitzung, sondern die mala fides schließt vielmehr die Ersitzung aus, daher der Gegner dessen, der sich auf die Ersitzung beruft, die mala fides desselben zu behaupten und zu beweisen hat, so daß ihm also, ganz abgesehen von allen s. g. Vermuthungen für die bona fides, die Beweislast in dieser Beziehung obliegt.

2) Die Motive (S. 663) bemerken zu diesem §: Im § 278 werden die sämmtlichen Fälle, in welchen die Vermuthung der bona fides als beseitigt gilt, unter nachstehende Kategorien gebracht:
a) die Fälle, in welchen der Besitzer sich bereits beim Beginne in mala fide befunden hat, wobei zugleich auf die Möglichkeit Rücksicht genommen wird, daß das Ereigniß auch vor dem Beginne der Ersitzungszeit eingetreten und zur Kenntniß des Erwerbers gekommen ist, welches später den Beginn der Ersitzung hindert;
b) die Fälle der s. g. mala fides superveniens;
c) die Fälle, in welchen der gute Glaube des Besitzers auf einem unentschuldbaren Irrthume beruht.

Digitized by Google

Recht macht, in der That nur auf der ficta unitate personarum beruhet."

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 471.

---

§§ 593—595.

In Betreff der im gemeinen Recht höchst bestrittenen Frage:

ob Sachen der Minderjährigen schlechthin der Ersitzung entzogen seien,

ist zu verweisen auf

Unterholzner I §§ 35—39 und die übrigen in den Glossen zu §§ 535 f. (B. VII S. 444) angeführten Schriftsteller,

so wie auf das Erkenntniß unseres Ober-Tribunals vom 1. Juli 1851. Striethorst Archiv B. 3 S. 235 f.

Zur Rechtfertigung der landrechtlichen Vorschriften [1]) sagt Suarez in seinen amtlichen Vorträgen:

„Der Vormund eines Minorennen kann leicht, aus Mangel an Nachrichten, in der Unwissenheit: was seinem curando für Rechte in re aliena competiren erhalten werden. Dies ist der Grund, warum praescriptio extinctiva gegen den Minorennen nicht anfangen soll.

Hingegen kann einem Vormunde absque suprema negligentia, die doch nie präsumirt wird, nicht unbekannt bleiben, wenn ein Anderer die Sache seines Curanden in Besitz nimmt. Daher kann auch gegen einen Minorennen, sobald er bevormundet ist, praescriptio acquisitiva angefangen werden."

Fortsetzung.

§§ 596—598.

Die Erläuterung dieser, lediglich auf die Ersitzung von Rechten bezüglichen Vorschriften bleibt der Fortsetzung der oben S. 26 begonnenen Abhandlung „Beiträge aus der Praxis zur Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten" vorbehalten.

---

1) In Betreff der neueren Gesetzgebungen ist auf die Glossen zu §§ 535 d. T. (B. VII S. 444 f.) zu verweisen.

Rücksichtlich der Ersitzung ist hier noch beizufügen:

§ 284 des bürgerl. Gesetzbuches für das K. Sachsen: „Eine Ersitzung kann nicht beginnen und eine begonnene steht einstweilen still, wenn und so lange der Eigenthümer, gegen welchen die Ersitzung wirksam sein soll, in einer Lage ist, in welcher ihm keine Verjährung der Eigenthumsklage läuft."

Digitized by Google

§ 599, 600.

Der § 599 leidet an einem offenbaren Fassungsfehler. Es handelt sich hier nicht um den „Anfang und das Ende des Besitzes," sondern um den Besitz am Anfange und am Ende des Verjährungszeitraums.

Ganz richtig war daher in Kircheisen's Entwurf § 834 der fragliche Grundsatz dahin gefaßt:

„Ist der Besitz beim Anfang und beim Ende der Verjährungszeit nachgewiesen: so wird der ruhige Besitz während des ganzen verlaufenen Zeitraumes vermuthet."

Aber schon im ersten gedruckten Entwurfe wurde für diese Regel der Ausdruck gewählt:

§ 87. „Bei jeder Art der Verjährung wird ein ungestört fortgesetzter Besitz vermuthet, wenn nur der Anfang und das Ende des Besitzes nachgewiesen worden."

und bei der Umarbeitung dieses Entwurfes der mit unserem § 599 wörtlich gleichlautende § 474 an die Stelle gesetzt.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 433, 490, 539.

Diese letzte Fassungsänderung enthält nun insofern noch einen zweiten Mangel, als danach die Vorschrift ihrem Wortlaute nach sich nur auf den Rechtsbesitz bezieht, während sie doch unbestritten auch für den Sachbesitz vollkommene Geltung hat.

Eine solche für die Ersitzung überhaupt geltende Regel wird nun auch nach gemeinem Recht angenommen.

Brunnemann com. in Cod. ad l. 16 de probat. (4, 19) Nr. 4. Qui olim possedit etiamnum possidere videtur, et ex possessione de praeterito colligitur praesumtio in praesenti. Menoch. lib. 6 praes. 64. Mascard concl. 1202.

Hommel, Rhaps. I. 208 Nr. 12: Si initium et finem praescriptionis quis probaverit, plene probata praescriptio, nam datis extremitatibus, intermedia praesumuntur.

Carpzov, P. 2 c. 3 def. 26 Nr. 4. Nec opus est suppletorio, quia praesumtio instar absolutae probationis est, usquedum contrarium non doceatur. Hoc tamen intellige, si duo testes omni exceptione majores de eodem praescriptionis initio deponant, atque etiam ex duorum testimoniis finis praescriptionis constet.

Rave, Princip. doctr. de praescr. § 25:.... Continuata possessio praesumtive probata est, si initium et praesens possessio probatur.

Unterholzner I S. 496: Bei einer auf dem Besitze beruhenden Verjährung muß der Besitz sowohl, als auch die erforderliche Dauer desselben erwiesen werden, wenn man durch die Verjährung ein Recht erwerben, oder sich im Besitze einer Sache schützen will. Nach der gewöhn-

Digitized by Google

lichen Ansicht (vergl. Kori, Theorie der Verj. § 37 Anm. 132) genügt es jedoch, wenn man erstens den Anfang des Besitzes bewiesen und außerdem dargethan hat, daß man beim Ablauf der Verjährungszeit noch im Besitze gewesen sei, dann werde vermuthet, daß in der Zwischenzeit der Besitz ununterbrochen fortgedauert habe. Diese dem allgemeinen Rechtsverstande angemessene Lehre ist ganz in der Natur der Sache gegründet, denn die Fortdauer des Besitzes ist streng genommen nicht zu beweisen, weil sie im Grunde eine reine Verneinung (die Ableugnung der Unterbrechung) in sich enthält.

Puchta, Pandekten § 161: Wer sich auf Usucapion beruft, hat die Fortsetzung des Besitzes die gesetzliche Zeit hindurch zu beweisen; dieß geschieht durch den Beweis des Besitzes in zwei Zeitpunkten, deren Zwischenraum nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt.

Die hier in Rede stehende Vermuthung findet sich auch in neueren Gesetzbüchern ausgesprochen.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 273. „Wenn der Besitz zu Anfang und am Schlusse der Ersitzungszeit als vorhanden nachgewiesen wird, so wird die Fortdauer desselben in der Zwischenzeit vermuthet." [1])

Code civil art. 2234. „Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf le preuve contraire. [2])

---

1) Die Motive (S. 662) bemerken dazu:

Der § 273 stellt, wenn der Besitz sowohl zu Anfang als zu Ende der dreijährigen und beziehendlich dreißigjährigen Ersitzungszeit beigebracht ist, die Vermuthung auf, daß der Besitz auch in der Zwischenzeit fortgedauert habe. Diese Vermuthung findet ihre Rechtfertigung darin,

a) daß man außerdem von dem Ersitzenden den Beweis einer Negative, daß er nämlich den einmal erlangten Besitz nicht wieder verloren habe, verlangen würde, und

b) daß, wenn der Eigenthümer vindicirend gegen den Besitzer auftritt, derselbe den Beweis, daß der Beklagte besitze, führen muß und der Beklagte blos den Titel, auf welchen er sich etwa beruft, zu beweisen hat, die Analogie hiervon aber die Folgerung ergiebt, daß, wenn der Präscribent Klage erhebt, der Beweis des Anfangs- und Endpunktes der Besitzzeit hinreicht und die Zwischenzeit durch die Vermuthung der Fortdauer, deren Wegräumung Aufgabe des Gegenbeweises ist, ausgefüllt wird.

2) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. I § 215 c. (5. Auflage): Es nehmen die Gesetze an, daß der dermalige Besitzer, wenn er beweist, daß er zu Anfang der zur Ersitzung erforderlichen Zeit im Besitze gewesen sei, auch in der Zwischenzeit besessen habe; übrigens mit Vorbehalt des Gegenbeweises art. 2234. (Probato initio ac fine medium tempus praesumitur. Dieselbe Vermuthung gilt auch von jeder andern Zwischenzeit, die in die Ersitzungszeit fällt. Wie lange der Besitz zu Anfang und zu Ende der Ersitzungszeit gedauert haben müsse, damit diese Vermuthung anwendbar sei, ist dem Ermessen des Richters überlassen. Vergl. Vazeille Nr. 37. Sirey XXXVIII, I, 340).

Digitized by Google

Unterbrechung.

§ 601. 1. Paulus l. 2 D. de usurp. (41, 3): Usurpatio est usucapionis interruptio;[1]) oratores autem usurpationem frequentem usum vocant.

Gajus l. 5 D. eod.: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur. Quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit, nec ne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.[2])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 285. „Die Ersitzung wird unterbrochen, so daß nur eine neue wieder anfangen kann, wenn der Besitz unterbrochen wird..."

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch § 644. „Jeder Verlust des Besitzes gilt als Unterbrechung der Ersitzung..."

Code civ. art. 2243. „Il y a interruption naturelle lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers."

Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts I § 213 (5. Aufl.) Die Unterbrechung der Ersitzung (usurpatio) ist die Thatsache, daß der Besitzer der Inhabung der Sache verlustig, oder in der Ausübung der Dienstbarkeit verhindert worden ist. Hierbei ist es in rechtlicher Hinsicht gleichgültig, ob die Unterbrechung durch eine Handlung oder durch ein Naturereigniß bewirkt worden ist, und im ersteren Falle, ob die Handlung eine Gewaltthätigkeit oder von einer andern Beschaffenheit war, ob sie von dem, gegen welchen die Ersitzung gerichtet ist, oder von irgend einem Dritten ausgegangen ist...

v. Keller, Pandekten § 135.. Rechtlich kommt es nicht darauf an, von welcher Seite (ob von dem Eigenthümer oder von einem Anderen) der Usucapient um seinen Besitz gebracht worden sei, ebensowenig, ob dies auf rechtmäßige oder unrechtmäßige Weise geschehen sei (l. 5 D. h. t.) und auch gleichviel, ob der Besitz verloren gehe durch äußere Veränderung in dem Factum, oder durch Veränderung in dem animus oder in solchen rechtlichen Verhältnissen, von welchen die Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter abhängig sein kann (l. 21 h. t. l. 29, l. 37 de pign. act. 13, 7). Jeder solcher Verlust des Besitzes hebt die Usucapion so auf,

---

1) Böcking, Pand. des röm. Privatrechts II § 148 Not. 15 bemerkt:
Die Neueren nennen jede usucapionis interruptio, Zerstörung derselben während ihres Laufes, „usurpatio;" die Römer nur die durch die Willensäußerung eines Andern bewirkte. Dirksen manuale s. v. usurpare, usurpatio. Auch Paulus l. 2, D. h. t. sagt nicht, daß jede usucapionis interruptio „usurpatio" sei.
Vergl. Unterholzner I S. 460 f.
Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. F. II S. 142 f.
Vergl. auch H. Donell, com. de jure civ. Lib. V cap. 31 §§ 4—9.

2) Vergl. über diese Stelle Unterholzner I S. 460, 461.

Digitized by Google

daß der bisherige Besitz ganz fruchtlos wird, und auch später bei wied erworbenem Besitz die Usucapion höchstens wieder von vorn anfa gen kann.

2. Bei der Unterbrechung der Verjährung durch Verlust des Be sitzes macht sich die Lehre unseres Landrechts geltend, wonach d widerrechtliche Entziehung der Gewahrsam den Besitz selbst no nicht aufhebt. [1])

Mit Recht behauptet daher Dr. Baron (Abhandl. aus dem Preuß Recht Berlin 1860 S. 26), daß der redliche oder unrechtfertige Be sitzer, der die Gewahrsam durch eine fehlerhafte Apprehension eine Andern verliert, gleichwohl, sofern sich die Sache während der ganze Ersitzungszeit bei dem Entsetzer befindet, das Eigenthum durch den Zeitablauf erwirbt.

---

§ 602.

Jhering, Geist des röm. Rechts. Th. 2 S. 455 Note 592: Das Aeußerste, wozu es nach dieser Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beseitigung des Einflusses der Besitzunterbrechung, d. h. die Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altröm. Usucapionslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im röm. Rechte selbst, nämlich in der Fortdauer der Usucapion während der hereditas jacens. Einen weitern Schritt hat das preuß. Landrecht Th. I Tit. 9 § 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österr. Recht es beim römischen gelassen. Nur das französische hat sich hier, und wie ich glaube mit gutem Grunde und nachahmungswerthen Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emancipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucapion abgesprochen hat. Zachariä Handb. des franz. Civilr. 5. Aufl. I. S. 531.

Suarez (in der revisio monitorum): Wenn Jemand eine Sache verliert und hernach wiederfindet, so ist dadurch die Verjährung nicht unterbrochen worden, weil er in diesem Falle possessionem solo animo continuirt hatte. — [2]) Wie aber, wenn Jemand eine Sache derelinquirt und hinterdrein sich derselben wieder anmaßt?

---

1) Es ist in dieser Hinsicht auf die Glossen zu den §§ 111 — 113 Tit. 7 Th. I A. L. R. (B. V S. 318 f. dieser „Beiträge") zu verweisen.

2) Bluntschli in seinen Erläut. des Zürcherischen privatrechtl. Gesetzbuches II S. 137 sagt: Die Unterbrechung der Ersitzung schließt die bisherige Ersitzung ab, und es kann wohl später eine neue Ersitzung angehoben, nicht aber an die unterbrochene wieder angeknüpft werden. Freilich wenn A nur vorübergehend die Sache verliert, und sie bald wieder findet, wird angenommen er habe den Besitz nie verloren, und die Ersitzung ist nicht unterbrochen.

Digitized by Google

Da er durch die Dereliction den Besitz aufgegeben hatte, so war dadurch seine Verjährung allerdings unterbrochen. Wenn er also die Sache in der Folge wieder aufnimmt, so würde er genau genommen, eine neue Präscription anfangen müssen. Dies dürfte inzwischen zu sehr ins Feine gehen; und ich submittire daher: ob man nicht lieber annehmen wolle, daß, wenn die Sache inzwischen von niemand Anderem besessen worden, die Zwischenzeit, wo sie gleichsam res nullius gewesen, gar nicht in Anschlag komme.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 542 f.

---

§§ 603, 604.

1. In Betreff der Grundsätze des gemeinen Rechts über die Unterbrechung der Verjährung durch die gerichtliche Verfolgung eines Anspruches [1]) ist zu verweisen auf:

H. Donell, com. de jure civ. Lib. V. cap. 21 §§ 22—26.

Unterholzner II §§ 124—129.

v. Buchholtz, Ueber die Unterbrechung der Verjährung durch Litiscontestation (in dessen „Versuchen über einzelne Theile der Theorie des heutigen Röm. Rechts." Berlin, 1831. S. 129 bis 139.)

Wächter, Erörterungen aus dem Röm., Deutsch. und Würtemb. Privatrecht. Heft III. (Stuttgart 1846). S. 99—104.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. § 163.

Erkenntniß des Spruch-Collegiums zu Heidelberg (für das O. A. G. zu Jena) vom Juni 1836 (in Seuffert's Archiv VIII Nr. 233).

2. Ueber die Frage:

ob und inwiefern nach Preußischem Rechte die Ersitzung durch Anmeldung der Klage unterbrochen werde, [2])

---

1) Böcking, Pandekten des röm. Privatr. § 148 Note 21 bemerkt: Ganz unrichtig ist die neuere Bezeichnung „civilis usurpatio," welche das röm. Recht nicht hat; dieses spricht auch nicht von einem naturaliter usurpare, sondern von einem naturaliter interrumpere possessionem durch das usurpare.

2) Suarez bemerkt in der revisio monitorum zum ersten Entwurf:

Herr Heidenreich und v. Tevenar finden keinen Grund, warum praescriptio extinctiva blos durch Anmeldnng der Klage, acquisitiva hingegen erst durch die Insinuation der Vorladung unterbrochen werden solle; aber dergleichen Grund ist allerdings vorhanden. Praescriptio extinctiva ist poena negligentiae, sie erfolgt per solum non usum. Sobald ich klage, bin ich nicht mehr negligens; ich brauche mein Recht. Bei der acquisitiva ist es anders. Hier entsteht mein Recht ex possessione continuata. Durch die bloße Klageanmeldung des Andern wird mein Besitz nicht unterbrochen; per insinuationem citationis aber werde ich in malam fidem konstituirt.

Digitized by Google

spricht sich ein Erkenntniß unseres Ober-Tribunals vom 4. Juni 1860 dahin aus:

Der Appell.-Richter hält die 30jährige Verjährungsfrist seit dem Jahre 1828 darum nicht für abgelaufen, weil nach Ausweis der Vorprozeß-Acten die Verjährung dadurch unterbrochen sei, daß der Verklagte bereits im Jahre 1856 sein Eigenthum an dem Streitstücke geltend gemacht, die Klage auf Anerkennung desselben sich ausdrücklich vorbehalten und resp. angemeldet habe, auch das Duplicat des Schriftstücks, worin dies geschehen, dem Mandatar des Klägers zugestellt worden sei. — § 603 Tit. 9. Th. I des A. L. R. —

In jenem Prozesse ist, wie die dem Appellations-Urtel zu Grunde liegende Geschichtserzählung des ersten Erkenntnisses ergiebt, der jetzige Verklagte und Widerkläger nur als Verklagter aufgetreten und hat sein Eigenthum excipiendo, nicht reconveniendo geltend gemacht. Er hat auch nicht eigentlich die Klage angemeldet, indem er den Richter implorirte ihm zu seinem Eigenthume zu verhelfen, er hat sich vielmehr, wie aus den oben mitgetheilten Worten des Appellations-Richters erhellet, die Klage vorbehalten und darin findet dieser Richter resp. eine genügende Anmeldung und Unterbrechung der Verjährung durch Besitz. Dies verstößt aber gegen den, wenn auch aus anderem Grunde als verletzt bezeichneten § 603 a. a. O. Bekanntlich wird nach dem Allgem. Landrechte die Extinctiv-Verjährung durch bloße Anmeldung der Klage unterbrochen — § 551 a. a. O. — und dabei gilt, weil es nur auf Abwendung des Vorwurfes einer Säumniß in Verfolgung des Rechtes ankommt, jede Manifestation beim Richter den Anspruch geltend machen zu wollen, also auch ein bezüglicher Vorbehalt, der wirklichen Anmeldung gleich (vergl. die Entscheidungen B. 25 S. 331, B. 35 S. 30, B. 36 S. 389 und B. 37 S. 83). Anders verhält es sich bei der erwerbenden Verjährung. Dabei ist das gemeinrechtlich überhaupt maaßgebende Princip aufrecht erhalten, daß die Insinuation der Klage zur Unterbrechung erforderlich sei, §§ 603 ff. a. a. O. und § 50 Tit. 7 der Proceß-Ordnung. Simon und v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechtes, B. III S. 482 u. 527 — 528 — weil nur dadurch mala fides erzeugt und die possessio continuata unterbrochen werde. Mit Rücksicht darauf und auf den Umstand, daß in den §§ 605, 607, 609, 610 stets von der Klage und nicht von einer bloßen Anmeldung derselben die Rede ist, kann man sehr wohl den Zweifel anregen, ob nicht im § 603 die „Anmeldung" für gleichbedeutend mit der „Anbringung" der Klage zu erachten ist, zumal die darin vorausgesetzte Bekanntmachung an den Gegner bei Klageanmeldungen zufolge Tit. 4 der Prozeß-Ordnung ganz und gar nicht eintritt. Wie dem aber auch sein mag, keinesfalls genügt zur Unterbrechung der Acquisitiv-Verjährung — und um diese handelt es sich hier — die mittelst des Vorbehaltes einer Klage kundgegebene Manifestation, der Negligenz begegnen zu wollen, vielmehr kann äußersten Falles die Unterbrechung nur eintreten, wenn auf eine wirkliche Klageanmeldung, d. i. auf eine Anzeige des streitigen Anspruches mit dem gleichzeitigen Verlangen, daß die Sache durch Aufnahme und Insinuation der

Digitized by Google

Klage zur sofortigen gerichtlichen Entscheidung gebracht werde — §§ 2 ff. Tit. 4 der Prozeß-Ordnung — eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt. Nur dann soll es diesem nicht zu statten kommen, wenn zwischen der Anmeldung und der Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist. — § 604 Tit. 9 Th. I des A. L. R. und Zeitschrift l. c. S. 543. —

Entscheid. B. 43 S. 87 f.

3. Die Unterbrechung der Verjährung erfolgt nur im Verhältnisse zu dem Kläger, nicht auch zu Dritten. Denn die Erhebung eines Rechtsstreites wirkt nur zwischen denjenigen, die in den Rechtsstreit verwickelt gewesen sind, und nicht in Beziehung auf Dritte. Es kann sich also ein Dritter niemals auf die durch einen solchen Rechtsstreit bewirkte Unterbrechung berufen. [1])

Umgekehrt wirkt die durch Klageanstellung herbeigeführte Unterbrechung nur gegen den Beklagten, also nicht gegen den dritten Besitzer oder Mitbesitzer. [2])

4. Neuere Gesetzbücher enthalten folgende Bestimmungen:

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1497. „Die Ersitzung sowohl als die Verjährung wird unterbrochen, wenn derjenige, welcher sich auf dieselbe berufen will... von dem Berechtigten belangt, und die Klage gehörig fortgesetzt wird..."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 285. „Die Ersitzung wird unterbrochen, so daß nur eine neue wieder anfangen kann,... wenn der Besitzer von dem Eigenthümer mit der Eigenthumsklage belangt wird, von dem Augenblicke an, wo das Gericht den Besitzer oder, dafern die gesetzliche Vertretung desselben mangelt, diejenige Behörde, welche den Vertreter zu bestellen hat, von der erhobenen Klage benachrichtigt.."

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch § 644. „Jeder Verlust des Besitzes gilt als Unterbrechung der Ersitzung und jede Erhebung einer Klage von Seite des Eigenthümers oder eines andern besser Berechtigten gegen den nunmehrigen Besitzer begründet einen Widerspruch gegen die begonnene Ersitzung und hindert dieselbe, insofern die Klage fortgesetzt wird und von Erfolg ist." [3])

1) Vergl. H. Donell, com. de jure civ. Lib. V. cap. 21 §§ 29—31.

2) Rave, § 35. His adhuc addi potest: non interruptam videri possessionem, si quis eum citari curavit, qui non possidet, saltim qui civiliter non possidet, sed ab alio; nec si quis alterum ex possessoribus persequutus est, intuitu reliquorum praescriptio interrupta censeri debet. Licet enim utroque casu verus dominus purgasse videatur negligentiam suam, tamen quia ratio praescriptionis etiam intendit commodum praescribentis, merito ita statuimus.

3) Bluntschli in seinen Erläuterungen II S. 137 bemerkt dazu: Wenn eine ungegründete und daher erfolglose Klage erhoben wird, so schneidet dieselbe den fortlaufenden Faden der Ersitzung nicht ab. Sie kann wohl die Ruhe des Besitzes vorübergehend, nicht aber auf die Dauer stören. Die Klageeinleitung unterbricht daher die Ersitzung nur unter der Voraussetzung, daß die Klage begründet und daher auch von Erfolg sei.

Digitized by Google

Code civil art. 2244. „Une citation en justice, un commendemen ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, fo ment l'interruption civile."

---

§§ 605 — 607.

Berger, oecon. jur. Lib. IV tit. XIV. th. II nota 3: Citationes sufficere ad interrumpendam praescriptionem, quamvis

1. rejectus sit per sententiam libellus, tanquam ineptus; (etiam actio coram judice incompetente mota sit. vid. O. P. S. R. ad tit. V § 4 pag. 47).

2. libellus deinceps ab actore mutetur;

3. reus ab instantia absolvatur;

4. terminus circumcidatur.

Ratio est, quia citatio consideratur dupliciter: a) ut citatio; b) ut publica testatio, etsi igitur, praedictis casibus, citatio, ut talis, effectu careat: tamen ut publica testatio, permanet, quae sufficit ad interruptionem praescriptionis. Nov. 119 cap. 7.

Leyser med. ad Pand. spec. 464 m. 1.: Ad interrumpendam praescriptionem id unice in l. 1 C. de praescr. l. t. desideratur, ut lis mota sit possessori in judicio. Colligunt hinc aliqui, nihil interesse vincatne possessor, an vincatur, sed utroque casu interruptam possessionem dicunt. Et, si vincatur possessor, res quidem dubium non habet Quin etiam, quamvis non vincatur, si modo lis ad finem non perducta est, sed quievit, praescriptio tamen interrupta manet l. ult. C. de praescr. 30 v. 40 ann....

Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung S. 118, 119: Die mala fides superveniens kann in dem Besitzer durch jedes Factum bewirkt werden, welches ihn von dem wahren Verhältniß der Sache und dem Rechte eines Dritten in Kenntniß setzt. Vorzüglich also kann sie aus gerichtlicher Belangung (interpellatio), aus einer Protestation, besonders wenn sie mit Darlegung der rechtlichen Ansprüche verknüpft ist, und aus jedem gerichtlichen Acte, der dem Besitzer eine Aufklärung über die Gehörigkeit der Sache gibt, hervorgehen. Die Folge davon ist, daß nun die Verjährung unterbrochen, der Besitzer von der subjectiven Verjährungsfähigkeit für immer ausgeschlossen und nach geistlichem Rechte (c. 4 de R. J. in VIto.) zur Restitution der Sache gehalten ist.

Suarez, revisio monitorum zum gedruckten Entwurf: Es wird vorgeschlagen, daß der Besitzer eine neue Verjährung anfangen könne, wenn der Kläger die Sache liegen läßt. Ich halte aber den Antrag für unstatthaft. Hier ist das fundamentum praescriptionis nicht negligentia ejus, contra quem praescribitur, sondern justa et qualificata possessio praescribentis. Ist nun dieser durch die gehörig insinuirte Klage einmal in malam fidem versetzt, so kann er unmöglich eine neue praescript.

Digitized by Google

sequis. anfangen.[1]) Um sich gegen Chicane zu decken, giebt ihm die Pr. Ord. die Mittel an die Hand, wie er den Kläger, welcher die Sache liegen läßt, zu deren Fortsetzung anhalten kann.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 544.

---

§ 608.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 285. „... Der Benachrichtigung wird gleich geachtet, wenn das Gericht, bei welchem die Klage erhoben worden ist, bezeugt, daß die Benachrichtigung aus Gründen, welche in der Person des Gegners beruhen, unmöglich sei."

§ 286. „Kann wegen Unbekanntschaft des Ortes, wo sich die Sache befindet, oder wo der Gegner sonst belangt werden könnte, die Eigenthumsklage nicht erhoben werden, so wird die Ersitzung unterbrochen, wenn der Eigenthümer vor seinem persönlichen Gerichtsstande zum Zwecke der Unterbrechung der Ersitzung Verwahrung einlegt." [2])

Suarez, revisio monit. zum gedruckten Entwurf: Es muß nach dem Vorschlage eines Monenten noch die Frage entschieden werden, welcher Tag eigentlich (im Falle der Edictalcitation) pro die insinuationis, durch welche die Präscription unterbrochen worden, zu achten sei. Ich würde denjenigen dafür annehmen, an welchem die Citation das erste Mal in den Zeitungen gestanden hat.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 544.

§ 609. 1. In Betreff der Unterbrechung der Verjährung durch eine gegen den bloßen Besitzstand gerichtete Klage, machen sich zum Theil dieselben Gründe geltend, aus denen die Extinctivverjährung der Eigenthumsklage durch die Anstellung der Besitzklage für unterbrochen anzusehen ist. [3])

---

1) Bornemann, System. Darst. des Pr. Civilr. II S. 105 f. macht mit Recht auf das Bedenkliche dieses, demnächst im § 607 ausgesprochenen Satzes aufmerksam. Hinzuzufügen ist hier noch, daß der gedachte Paragraph dem § 605 alle Bedeutung entzieht. Denn ist in dem, im § 605 vorausgesetzten Falle die Klagebehändigung bereits erfolgt, so soll die Verjährung unterbrochen bleiben. Ist die Klage aber noch nicht behändigt, so ist auch eine Verjährungsunterbrechung noch gar nicht eingetreten.

Ebenso müßig erscheint der § 606, da er nur von dem Falle zu verstehen ist, wo der Richter den Prozeß durch Vorladung des Verklagten noch nicht eingeleitet hat.

2) In den Motiven S. 664 f. wird dazu bemerkt:

Durch den § 286 wird für Fälle, wo die Anstellung der Vindicationsklage unmöglich ist, eine Aushülfe gesichert, von welcher sich eine Analogie schon in dem gemeinen Rechte findet, indem nach der l. 2 C. de annal. exc. einer Protestation beim Präses oder Bischof oder defensor civitatis, im Nothfalle auch einer öffentlichen, vor Zeugen unterschriebenen Verwahrung die Wirkung der Unterbrechung der Ersitzung beigelegt wird. Hiernach steht die Ersitzung in Beziehung auf die Möglichkeit einer Unterbrechung durch bloße Protestation der Verjährung gleich.

3) Siehe die Glossen zu § 551 d. T. (B. VII S. 561 f. dieser „Beiträge.")

Digitized by Google

Suarez sagt in dieser Hinsicht in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurfe:

> ad § 478 wird bemerkt, daß es keinen Unterschied mache, ob in petitorio oder nur in possessorio geklagt werde, da in beiden Fällen der ruhige Besitz des Beklagten durch die Insinuation der Klage unterbrochen wird; cui accedo.
>
> Simon u. v. Strampff, Materialien S. 543.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen hat eine gleiche Bestimmung nicht aufgenommen, erklärt vielmehr in dem oben angeführten § 285 die Ersitzung nur dann für unterbrochen:

> „wenn der Besitzer von dem Eigenthümer mit der Eigenthumsklage belangt wird." [1])

2. Hat der Kläger im Possessorien-Prozesse unterlegen, so kann die Ersitzung nicht für unterbrochen erachtet werden.

> Leyser, med. ad Pand. sp. 464 m. 2: .... At si possessor superior ex ea lite decedat victricemque sententiam reportet, quaestione ipsi calumniose vel saltem temere mota jus ejus interverti et praescriptionem rumpi, durum foret, et aequitati contrarium. Pugnat etiam cum l. 2 pro don. et l. 2 § ult. pro emt. Igitur litem motam, si possessor absolvatur, praescriptioni non obstare, rectius tuentur Struvius in Jurispr. lib. 2 tit. 9 § 29 et Wernherus Observ. for. 3330 Part. I. et alii ab hoc allegati. Quaestio frequens est admodum in foro.
>
> Accidit scilicet subinde, ut quis post aliquot annorum possessionem judicio possessorio pulsetur, sed vincat atque in possessione defendatur, reservato de more actori petitorio, in quo instituendo hic moras nectit, donec prioribus annis complementum praescriptionis accedat. Tunc petitorium instituenti actori reus exceptionem praescriptionis opponit, actor replicat, eam per judicium possessorium fuisse interruptam. Sed nos interruptionem non admisimus mense Julio anni 1721...

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 10. September 1845: Die in einer Rechtssache von dem Beklagten behauptete Ersitzung des Streitgegenstandes wurde vom Kläger unter Andern auch aus dem Grunde bestritten, weil im Hinblicke auf einen vorhergegangenen Spolienprozeß nicht anzunehmen, daß sich der Beklagte nachher noch in gutem Glauben befunden habe. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber: Der Spolienstreit von 1814 bis 1822 versetzte den Beklagten noch nicht in bösen Glauben, da sein Gegner hiecin völlig unterlag und die erlangte Kenntniß von dem Bestehen einer zuwiderlaufenden Prätension an sich noch keineswegs geeignet ist, Zweifel in dem Besitzer über die Recht-

1) Vergl. auch das Zürcherische privatrechtl. Gesetzbuch § 644 (s. oben S. 113).

Digitized by Google

mäßigkeit seines eigenen Inhabens anzuregen, oder seine individuelle Betrachtungsweise des ganzen in Mitte liegenden Rechtszustandes auf eine seinem Gegner vortheilhafte Weise zu modificiren.

Seuffert, Archiv III. Nr. 144.

---

§ 610. Wenn der Besitzer einer Sache vor vollendeter Verjährung durch Besitz von dem Eigenthümer bei dem unzuständigen Richter belangt wird und auf die ergangene Vorladung die Incompetenz des Richters nachweist, so wird die Verjährung gleichwohl für unterbrochen zu achten sein, wenn auch der Kläger nicht binnen Jahresfrist nach erfolgter Zurückweisung den competenten Richter angeht.

Denn auch durch die, wiewohl von dem unzuständigen Richter bewirkte Klagebehändigung wird der Besitzer in malam fidem versetzt, und diese Wirkung der Klagebehändigung muß fortbestehen, wenn auch deren übrige rechtliche Folgen wegfallen.[1])

---

§ 611. Diese Vorschrift schließt sich der dem römischen Rechte[2]) frem-

1) Proz.-Ordnung Tit. 7 § 49: „Diese Wirkungen der Citation fallen weg... 2. wenn der Vorgeladene die Inkompetenz des vorladenden Richters bei demselben, oder bei dessen vorgesetzter Instanz nachweiset, und die Aufhebung des Termins bewirkt.

In beiden Fällen wird die Insinuation der Vorladung als nicht geschehen betrachtet."

2) Hasse, im Rhein. Museum II. 4. Heft (1828) S. 417 sagt hierüber:

„Alle Ersitzung erfordert immer eine gewisse Redlichkeit des Benehmens in der Person dessen, der dadurch erwerben will; auf das Benehmen des Gegentheils kommt es hierbei gerade nur insofern an, als sich davon auf jenes zurückschließen läßt. — Daß nach röm. Recht nur bona fides ab initio bei der Eigenthumsersitzung erforderlich war, ist nicht dagegen, denn das heißt nur, in diesem Betracht wird der Beweis der mala fides weiterhin nicht angenommen, und das wieder darum nicht, weil es so ungemein schwer zu unterscheiden ist, ob ohne Vindication gegen den Besitzer aus dem, was sonst inzwischen vorgegangen war, Gewißheit (rem alienam esse) oder nur Zweifel in ihm entstehen mußte, des Zweifels ungeachtet aber eine gekaufte Sache noch erst zu behalten, ist noch kein Fehler; wohl aber sie zu kaufen oder sie sich tradiren zu lassen. Die reine juristische Gewißheit entsteht hier immer erst durch den Ausgang der rei vindicatio, und diese unterbricht indirekt die usucapio. Also Redlichkeit muß sein bei jeder Ersitzung und diese besteht bei der Eigenthumsersitzung in der s. g. bona fides."

Derselbe bemerkt a. a. O. in der Note 22: „Ich sollte meinen, daß die bekannte Einführung der mala fides superveniens weder so vernünftig, noch in der Anwendung so wirksam ist, wie man gewöhnlich zu glauben geneigt ist."

Digitized by Google

den Lehre des kanonischen Rechts über die Unterbrechung der Verjährung durch mala fides superveniens an.[1])

Vergl. hierüber Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 477—481.

Dieselbe ist auch in neuere Gesetzbücher aufgenommen:

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen.

§ 276. „Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben ausgeübt worden sein."

§ 278. „Die Vermuthung der Redlichkeit des Besitzes weicht dem Beweise, daß dem Besitzer das seiner Eigenthumserwerbung entgegenstehende Hinderniß bei Erwerbung des Besitzes bekannt war oder während der Ersitzungszeit bekannt geworden ist..."

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch.

§ 499. „Der redlich erworbene Besitz hört auf, als redlicher Besitz zu gelten, ... wenn der Besitzer anfängt zu wissen, daß er die Sache mit Unrecht dem Berechtigten vorenthalte."

§ 642. „Der rechtmäßige und redliche Besitz einer beweglichen Sache erwächst unter der Voraussetzung zu Eigenthum, daß derselbe drei Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzt wurde.[2])

---

§ 612. Nach der in der Praxis des gemeinen Rechts herrschenden Ansicht wird durch pignoratio legitima die Ersitzung unterbrochen.

Leyser, Jus Georgic. Lib. II. cap. XI Nr. 18:.. Notum est in juribus incorporalibus adquirendis patientiam alterius alteri esse loco tituli, imo et loco traditionis. Pignoratio vero induit dissensum, contradictionem et dispatientiam domini, contra quem praescribere volumus. Carpzov. P. 2 c. 27 d. 3 Nr. 3. Mevius I 34 N. 7.

Hommel, Rhaps. I obs. 109 Nr. 1: Pignoratione legitima interrumpitur praescriptio servitutis vel fundi: wenn sich gleich der Gepfändete nicht daran kehret und wiederpfändet. Const. Elect. 7 P. 2. Contra in pignoratione extrajudiciali contradictio non impedit praescriptionem,

---

1) Rave § 33 ... privata admonitione interrumpitur praescriptio, ... si simul exponitur possessori id, ex quo fit, ut in malam fidem constituatur l. 17 C. de rei vind.; censendum enim est, non simplicem denunciationem, sed suffultam argumentis inducere malam fidem, ut possessor desinat ignorare rem alienam esse. l. 109 de V. S. nec bonam fidem jactet indefensam. l. 40 D. de her. pet.

2) Bluntschli in seinen Erläuterungen II S. 135 bemerkt dazu: Wenn der anfangs redlich erworbene Besitz aufhört, ein redlicher zu sein, d. h. wenn der bisher redliche Besitzer, nachdem er erfahren hat, daß die Sache einem Andern gehört, sie diesem widerrechtlich vorenthält, so verliert auch der Besitz die Kraft Eigenthum zu werden, und die Ersitzung wird abgebrochen.

Digitized by Google

sed quieta possessio putatur, etiamsi fundi dominus eum, qui servitutem sibi asserit, decies manu depulerit aut protestatus sit.

Rave, § 74:... Moribus Germaniae a multo inde tempore (pignoratio) semper probata adhuc usu servatur. Stryck de pignorat. c. 1 Nr. 37 sq. Et sane ex hoc jure efficiet justum interrumpendae servitutum praescriptionis medium. Nam pignorans aperte, se, ut ab altero in fundo suo actus possessorius fiat, pati nolle pignoratione declarat, hinc vel quasi alterum e possessione servitutis dejicit, ideoque quasi usurpatione naturali utitur, quae cum interrumpat praescriptionem, idem etiam de pignoratione erit dicendum... semel quoque per pignorationem facta interruptio effectum suum retinet, licet usus servitutis deinde continuetur, est enim pro quasi dejectione habenda, nisi a tempore iterum redintegrati usus post pignorationem tempus praescriptionis decurrat. Rite tamen non peracta pignoratio et sola admonitio extrajudicialis effectum interruptionis non habent. [1])

Vergl. auch Berlich, Conclus. practicab. P. II concl. 9 Nr. 2 sq. Kind, Quaest. for. P. III Nr. 37.

Zur Rechtfertigung der landrechtlichen Vorschrift sagt Suarez in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf:

Die bei Pfändungen verübte Privatgewalt kann unmöglich ein schickliches Mittel sein, den Gepfändeten von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes zu überführen, sie kann also auch seine Verjährung nicht unterbrechen. Auch verdient dergleichen Privatgewalt nicht, daß man sie durch Beilegung solcher rechtlichen Effekte begünstige. Das Gesetz gibt dem, der nicht gleich klagen will, ein schicklicheres Mittel, nämlich die Einlegung und Insinuation einer gerichtlichen Protestation.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 545.

---

§§ 613 — 615.

1. Die Grundsätze unseres Landrechts über die accesssio pos-

---

1) Vergl. Hymmen, Beyträge zur jurist. Litteratur Sammlung 6. S. 99: „Die bloße Pfändung kann die Präscription nicht unterbrechen, wenn nicht die Pfänder im Gericht eingestellt und der Gegentheil citiret, auch zur Einlösung angehalten worden,

Coler. de proc. exec. P. I c. 3 N. 90 sq.
Köppen, P. I dec. 41 Nr. 34.
Stryck, de jure pignorandi c. 5 N. 37 sq.

weil, wenn die Pfänder ohne Pfand- und Futtergeld und absque interventione judicis privatim restituirt worden, zu vermuthen oder daraus ein Anerkenntniß herzuleiten ist, daß pignoratio ex errore oder injuste geschehen, wenigstens solche alsdann eine bloße denuntiatio extrajudicialis ausmacht, welche nicht einmal malam fidem inducirt, wenn nicht dem pignorans zugleich sein jus contradicendi nachgewiesen.

So erkannt vom Kammergericht und vom Tribunal zu Berlin im Jahre 1765 und 1767.

Digitized by Google

sessionis[1]) weichen von denen des römischen Rechts wesentlich ab. Der Unterschied beruht darin, daß das römische Recht bei der successio in usucapionem defuncti den Besitz des Erblassers, der sich in der Person des Erben nur fortsetzt, als das allein Entscheidende ansieht und daher auch die conditio usucapiendi lediglich nach der Person des Erblassers beurtheilt wissen will,[2]) während das Preußische Recht, von dem schon im canonischen Rechte anerkannten moralischen Prinzipe geleitet, die accessio possessionis — ohne Unterschied zwischen Singular- und Universalsuccessor — nur demjenigen gestattet, welcher in der Lage wäre, eine neue Verjährung für sich anzufangen.

Schon Kircheisen's Entwurf enthielt die Bestimmung (§ 821)

> „Der Erbe setzt nur alsdann den redlichen Besitz seines Erblassers fort, wenn er das zu verjährende Recht oder Sache redlich besitzet."

zu deren Rechtfertigung Kircheisen bemerkte:

> Quod secus de jure rom.: sie sagten, der Erbe sei kein tertius, sondern repräsentire den Erblasser, er continuire also dessen bonam fidem, wenn er gleich malae fidei possessor wäre. Ob sich gleich dies ratiocinium vertheidigen läßt, so ist es doch unnatürlich, und gar kein Grund vorhanden, ein Gesetz beizubehalten, durch welches ein Betrüger begünstigt wird.
>
> Simon u. v. Strampff, Materialien S. 431, 432.

In gleichem Sinne sprach sich auch Suarez aus:

> Die Gründe, warum von dem Unterschiede abgegangen worden, welchen

---

1) Vergl. Unterholzner I §§ 132—134.
Denziger, die accessio possessionis nach röm. und kanon. Rechte. Würzburg 1842 (und dazu Warnkönig in Schneider's N. Krit. Jahrbüchern 1842 S. 944 f.)
Puchta, Pand. § 156 und Vorles. I S. 311 f.
Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 481 f., 537 f.
Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 347 f.

2) § 12 J. de usuc. (2, 6): Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio (l. un. C. de usuc. transform. 7, 31). similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur..
Paul. l. 2 § 19 D. pro emt. (41, 4): Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit, alienam esse...
Papin. l. 43 pr. D. de usurp. (41, 3): Heres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienam, si modo ipsi possessio tradita sit. Continuatione vero non impedietur heredis scientia.

Digitized by Google

die gemeinen Rechte bei der Verjährung zwischen einem Erben und einem successori singulari machen, fallen von selbst in die Augen, da dieser Unterschied blos auf der zu weit ausgedehnten Fiction von der Einheit der Person zwischen dem Erblasser und Erben beruhet.

Ebendas. S. 503, 4.

2. Derselbe Gesichtspunkt ist auch in den neueren Gesetzgebungen zur Geltung gelangt.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch.

§ 1463. „Der Besitz muß redlich seyn. Die Unredlichkeit des vorigen Besitzers hindert aber einen redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anzufangen."

§ 1493. „Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtigt, die Ersitzungszeit seines Vorfahrers mit einzurechnen (§ 1463)..."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen.

§ 275. „Bei der Erbfolge werden der Ersitzungsbesitz des Erblassers, die Zeit bis zur Besitzerwerbung durch den Erben und der Ersitzungsbesitz des Erben zusammengerechnet, vorausgesetzt, daß der Zusammenhang nicht durch den Besitz eines Dritten unterbrochen worden ist.."

§ 276. „Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben ausgeübt sein."

§ 277. „Die Unredlichkeit des vorigen Besitzers hindert den redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung vom Tage seines Besitzes anzufangen."

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch:

§ 540. „Der zur Ersitzung berechtigte Besitzer darf den Besitz seines Vorgängers zu dem seinigen hinzurechnen, insofern derselbe ebenfalls zur Ersitzung tauglich war."

Code civil.

art. 2235. „Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier soit à titre lucratif ou onéreux. [1])

---

1) Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Französ. Civilr. (5. Auflage.) § 215 c. bemerkt dazu:

Sowohl der allgemeine als besondere Rechtsnachfolger kann, um die zur Ersitzung erforderliche Zeit zu ergänzen, zu seiner Besitzzeit die seiner Vormänner hinzurechnen, vorausgesetzt, daß diese in conditione usucapiendi waren und daß er in ihre Rechte tritt, ohne daß ein Dritter als Zwischenmann jene Hinzurechnung (accessio possessionis) verhindert. art. 2235.

Ferner § 217:

Der besondere Rechtsnachfolger muß für seine Person in gutem Glauben sein, um die Besitzzeit seines Gewährsmannes zu der seinigen hinzufügen zu können. Dieselbe Regel gilt auch von dem allgemeinen Rechtsnachfolger, ausgenommen, wenn dieser, z. B. als Erbe seinen Vormann repräsentirt. Nach denselben Regeln ist auch die Frage zu entscheiden, ob der Besitz des Vormannes dem Rechtsnachfolger in Beziehung auf die bona fides zu statten

Digitized by Google

3. Hiernach charakterisirt sich das neuere Recht bei der accessio possessionis durch die gleichmäßige Behandlung des Singular-Nachfolgers und des Erben. Die Voraussetzungen sind daher bei beiden dieselben: ein zur Ersitzung geeigneter Besitz des Vorgängers wie des Nachfolgers und eine sowohl faktische als rechtliche Verknüpfung dieses Besitzes.

Ueber das letztere Erforderniß spricht sich ein Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 12. September 1861 dahin aus:

> Schon unter den Lehrern des röm. Rechts war darüber kein Zweifel, daß zu der accessio possessionis ein durch ein Rechtsgeschäft begründetes Band juristischer Succession erforderlich sei. [1]) Auch das Allgem. Landrecht verordnet etwas Anderes nicht. Zwar sagt der § 613 I. 9:
>
> „Jeder Nachfolger im Besitze, er sei Erbe, oder nicht, kann die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen, insofern er nur selbst ein redlicher Besitzer ist."
>
> Allein um Nachfolger im Besitze zu sein, mit der Wirkung, daß man sich die Besitzzeit anrechnet, genügt nicht das faktische Verhältniß, daß der Eine nach dem Andern besitzt, sondern es muß von dem Vorfahren auf den Nachfolger der Besitz rechtlich übergegangen sein. [2]) Es geht dies auch aus der Natur der Sache hervor, da Niemand die von einem Anderen erworbenen Rechte geltend machen kann, wenn er nicht darthut, daß ihm diese Rechte übertragen worden sind.
>
> Striethorst, Archiv B. 43 S. 41 f.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß derjenige, welcher eine dereliquirte Sache in Besitz nimmt, die Besitzzeit des vorigen Besitzers

---

kommen könne. Ist der dermalige Besitzer in bona fide, so bringt ihm die mala fides des vorigen Besitzers keinen Nachtheil, ausgenommen, wenn er mit seinem Vormanne z. B. als Erbe als eine und dieselbe Person zu betrachten ist. arg. art. 2237. 2239.

Der neueste Herausgeber, Prof. Dr. Anschütz fügt jedoch in der Note hinzu:

Der Code civil handelt nicht ausdrücklich von dieser Frage. Vergl. le nouveau Dunod p. 67. Delvincourt ad art. 2235. Troplong Nr. 428 f. 937 f. Die Ausleger des C. c. stimmen nicht in allen den obigen Regeln mit einander überein.

1) Scaevola l. 14 § 1 D. de div. temp. pr. (44, 3): Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate. Heredibus autem et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris.

Vergl. Arndts Lehrb. der Pandekten § 161.

2) In den Besitz als ein faktisches Verhältniß findet keine Succession statt l. 23 pr. l. 30 § 5 D. de acq. v. am. poss. (41, 2.) v. Savigny Recht des Besitzes (5. Aufl.) S. 27. Der Mangel der Succession in den Besitz wird durch die Accession des Besitzes ersetzt.

Unger, Syst. des österr. allgem. Privatr. II S. 18 Note 11.

Digitized by Google

sich nicht anrechnen darf. Es fehlt hier das Rechtsband zwischen dem Besitznachfolger und seinem Vorgänger.

Andererseits setzt aber die accessio possessionis nicht nothwendig das Verhältniß der Autorschaft Seitens des vorigen Besitzers voraus. Sie wird auch gestattet, wenn vermöge einer auflösenden Bedingung oder aus anderem Grunde ein Veräußerungsgeschäft rückgängig wird und so der Besitz an den Veräußerer zurückgelangt. [1])

Javolen. l. 19 D. de usurp. (41, 3): Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio extitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit, tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

Ulp. l. 13 § 2 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Praeterea quaeritur: si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus? Et sunt, qui putent, non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio; alii emtorem venditoris accessione usurum, et venditorem emtoris: quod magis probandum puto.

4. Von anderer Art ist folgender Fall:

Der redliche Besitzer eines fremden Grundstückes verkauft dasselbe noch vor Ablauf der Verjährungszeit an einen redlichen Dritten, jedoch nur durch mündlichen Vertrag, welchem die Besitzübergabe folgt. Nachdem bereits der Zeitraum verflossen ist, mit dessen Ablaufe der Verkäufer, wäre er im Besitze geblieben, das Eigenthum durch Verjährung erworben haben würde, vindicirt er dasselbe gegen den Käufer wegen der Ungültigkeit jenes Kaufvertrages.

Ist diese Vindication zulässig?

Man wird dies verneinen müssen. Denn *Eigenthümer* ist der Kläger *nicht geworden*, da er sich den auf ihn nicht übergegangenen Besitz des Käufers nicht anrechnen darf, und *vollständiger Besitzer*, welchem gegen jeden Anderen als den Eigenthümer alle Eigenthumsrechte zustehen, also auch die Vindicationsklage (§ 176 Tit. 7, § 2 Tit. 15 Th. I. A. L. R.) ist er *nicht geblieben*, da er selbst seinen Besitz dem Käufer übertragen hat.

5. Was die faktische Verknüpfung des Besitzes des Vorgängers und des Nachfolgers betrifft, so setzt diese eine ununterbrochene Aufeinanderfolge voraus. Der Zusammenhang der in Frage kommenden

1) Es macht sich hier der Satz des Scaevola geltend l. 14 pr. D. de div. temp. pr. (44, 3): De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus. Consistunt enim in sola aequitate.

Digitized by Google

verschiedenen Besitzperioden darf also nicht etwa durch den dazwischen getretenen, zur Zurechnung nicht geeigneten Besitz eines Dritten unterbrochen worden sein. [1])

Kircheisen's Entwurf enthielt in dieser Hinsicht die Bestimmung (§ 819):

„Ist zwischen mehreren auf einander folgenden Besitzern auch nur einer im unredlichen Besitz gewesen: so ist die Redlichkeit des ersten Besitzes dergestalt unterbrochen, daß die Zeit des ersten Besitzes auch nicht dem nachherigen redlichen Besitzer zugerechnet werden kann."

Suarez bemerkte dazu:

Der § würde vielleicht deutlicher so lauten:

„Folgt während des Laufes der Verjährungszeit auf einen oder mehrere redliche Besitzer ein unredlicher; so wird die Verjährung dergestalt unterbrochen, daß auch einem nachherigen redlichen Besitzer die ganze Besitzzeit aller seiner Vorgänger nicht zu gute gerechnet werden kann."

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 431.

6. In Betreff der Anwendung der accessio possessionis auf das Verhältniß des Legatars erscheint es unzweifelhaft, daß diesem zum Zwecke der Ersitzung auch die Besitzzeit des Erben, ebenso wie die des Testators, anzurechnen ist, und zwar gleichviel, ob das Recht zum Besitze der vermachten Sache dem Legatar sogleich mit dem Tode des Erblassers oder erst später zufällt. Denn bis zur Uebergabe muß der Erbe die Sache zum Vortheile des Legatars verwahren [2]) und ist daher nur als dessen Besitzstellvertreter zu betrachten.

Ulp. l. 13 § 10 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Sed et legatario dandam accessionem ejus temporis, quo fuit apud testatorem, sciendum est. An heredis possessio ei accedat, videamus. Et puto, sive pure, sive sub conditione sit relictum, dicendum esse, id temporis, quo heres possedit ante existentem conditionem vel restitutionem rei, legatario proficere. Testatoris autem semper proderit legatario, si legatum vere fuit, vel fideicommissum.

---

1) Vergl. die Motive zum Sächsischen bürgerl. Gesetzbuche S. 662 Nr. 6.

Venulej. l. 15 § 1 D. de div. temp. pr. (44, 3): Accessio possessionis fit non solum temporis, quo apud eum fuit, unde is emit, sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex auctoribus non *posse*derit, praecedentium auctorum possessio non proderit, quia conjuncta non est; sicuti nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest.

Javol. l. 20 D. de usurp. (41, 3): Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est.

2) Allg. Land-Recht Th. 1 Tit. 12 § 306.

Digitized by Google

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 275. „Bei der Erbfolge werden der Ersitzungsbesitz des Erblassers, die Zeit bis zur Besitzerwerbung durch den Erben und der Ersitzungsbesitz des Erben zusammengerechnet, vorausgesetzt, daß der Zusammenhang nicht durch den Besitz eines Dritten unterbrochen worden ist. Dasselbe gilt bei Vermächtnißnehmern und Anwärtern, bei welchen auch Zusammenrechnung des Besitzes des Erben, des Vermächtnißnehmers oder Anwärters stattfindet."

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, wenn der Erblasser die vermachte Sache für die seinige hielt, der Erbe aber, der sie dem in gutem Glauben befindlichen Legatar zur festgesetzten Zeit übergeben hat, weiß, daß sie nicht zum Nachlasse gehört. Denn der Erbe setzt, als bloße Mittelsperson, den ihm übertragenen Besitz des Erblassers für den Legatar fort, die Unredlichkeit eines Dritten aber, durch welchen Jemand den Besitz erlangt, schadet dem redlichen Erwerber nicht.[1])

7. Eine andere Frage ist:

Kann der fideicommissarische Substitut die Verjährung des Erblassers fortsetzen, auch wenn der Fiduciar als Zwischenbesitzer sich in mala fide befunden hat?

Man wird dies verneinen müssen, weil der Fiduciar selbständiger Besitzer der Sache, kein bloßer Stellvertreter des Fideicommissars ist, und also Letzterer erst von ihm und nicht unmittelbar vom Erblasser den Besitz überkommt.

8. Ein vollständiger redlicher Besitzer einer fremden Sache, welcher dieselbe bereits zehn Jahre lang besessen hat, ohne einen Titel seines Besitzes nachweisen zu können, veräußert die Sache an einen redlichen Dritten.

Erwirbt Letzterer sofort mit der Besitzübergabe, oder erst nach dem Ablauf von zehn Jahren das Eigenthum?

Für die erstere Alternative ließe sich geltend machen, daß die Art der von dem Besitznachfolger fortzusetzenden Verjährung durch die Beschaffenheit seines eigenen Besitzes, nicht durch die seines Vor-

1) Allg. Land-Recht Th. I Tit. 7 § 22.

Die Motive zum Sächs. Gesetzbuche (S. 662) bemerken zu dem oben angeführten § 275: es sei darnach die gemeinrechtliche Vorschrift nicht aufgehoben, daß dem Legatar die Zeit, während welcher der legirte Gegenstand sich in den Händen des Erben befunden hat, zu Gute geht, es also einflußlos ist, wenn sich der Erbe während seiner interimistischen Besitzzeit in mala fide befunden haben sollte.

Digitized by Google

gängers, bestimmt werde. Bei der Berechnung seiner Besitzzeit aber ihm die accessio possessionis in der Art zu statten komme, daß vermöge derselben es so angesehen werde, als habe er selbst schon zehn Jahre lang besessen. — Man könnte sich hierbei noch auf die Vorschriften des Gesetzes vom 31. März 1834, die Einrichtung des Hypothekenwesens in dem Herzogthum Westphalen ꝛc. betreffend, berufen, welches, übereinstimmend mit der Kab.-Ord. vom 9. Mai 1839, betreffend das Verfahren bei Regulirung des Hypothekenwesens, bestimmt:

§ 8. „Zur Eintragung des Besitztitels auf den Namen des in der Mutterrolle als Steuerpflichtigen vermerkten Besitzers genügt es, wenn derselbe... durch Dokumente, Zeugen oder Atteste öffentlicher Behörden glaubwürdig bescheinigt, daß er das Grundstück seit dem 1. December 1825, oder überhaupt 10 Jahre lang ununterbrochen besitze."

§ 9. „Bei einem kürzeren Besitzstande muß der Uebergang auf den Besitzer durch einen zur Erwerbung des Eigenthums nach Vorschrift des Allgemeinen Landrechts an sich geeigneten, dem Inhalt und der Form nach rechtsgültigen Titel nachgewiesen und entweder

1) dargethan werden, daß der unmittelbare Vorbesitzer selbst schon einen Titel für sich hatte, der nach den damals geltenden Gesetzen an sich zur Erwerbung des Eigenthums geschickt ist,

oder

2) durch Dokumente, Zeugen oder Atteste öffentlicher Behörden glaubwürdig bescheinigt werden, daß der jetzige und der Vorbesitzer, ihren Besitzstand zusammengerechnet, das Grundstück seit dem 1. Dezember 1825, oder überhaupt 10 Jahre lang besitzen."

Bornemann, Systemat. Darst. des Preuß. Civilr. II S. 110f. erklärt sich gegen diese Ansicht, indem er ausführt: es sei jede Art der Verjährung nur dann wirksam, wenn alle Erfordernisse derselben vollständig vorliegen. Mithin müsse derjenige, welcher sich auf dreißigjährige Verjährung beruft, einen 30 Jahre hindurch fortgesetzten redlichen Besitz für sich haben; derjenige, welcher die zehnjährige Verjährung vorschützt, einen zehnjährigen titulirten und redlichen Besitz nachweisen. Der Besitzer habe daher die Wahl, sich auf die eine oder andere Art der Verjährung zu berufen und deren Vollendung darzuthun. (Vergl. Publ. Pat. vom 5. Februar 1794 § XVII.)

Dieser Gesichtspunkt ist auch der richtige. Wenn der § 579 d. T. vorschreibt:

„Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo Jemand eine Sache oder ein Recht aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist, durch die in den

Digitized by Google

Gesetzen bestimmte Frist (gewöhnlich 10 Jahre) ruhig und redlicher Weise besessen hat."

so wird hier offenbar die 10jährige Fortdauer eines gehörig titulirten Besitzes erfordert, sei es nun in der Person eines einzigen Besitzers oder mehrerer aufeinander folgender Besitzer solcher Art. Durch die accessio possessionis kann daher jene Zeitdauer immer nur hergestellt werden, wenn auch die Besitzvorgänger sich in gleicher conditio usucapiendi befanden, also rechtmäßige (titulirte) Besitzer waren. Dies ist auch im Oesterr. Gesetzb. § 1493 klar ausgesprochen:

„Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtiget, die Ersitzungszeit seines Vorfahrers mit einzurechnen... Bei einer Ersitzung von dreißig oder vierzig Jahren findet diese Einrechnung auch ohne einen rechtmäßigen Titel statt..."

Die accessio possessionis ist keine eigentliche Rechtsfiktion. Sie schafft kein neues, thatsächlich nicht vorhandenes Recht, sondern verknüpft nur die wirklichen Besitzrechte mehrerer Personen in Beziehung auf ihre Zeitdauer zu einem Ganzen. Dies setzt aber nothwendig die Gleichartigkeit dieser Rechte voraus.

---

§ 616. 1. Paul. l. 31 § 5 D. de usurp, (41, 3): Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit.

Neratius l. 40 eod.: Coeptam usucapionem a defuncto, posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.

Papin. l. 44 § 3 eod.: Nondum aditae hereditati tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid compararat, sive defunctus usucapere coeperat. Sed haec jure singulari recepta sunt.

Javolen. l. 20 D. eod.: Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est.

Paul. l. 30 pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6): .... possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 275. „Bei der Erbfolge werden der Ersitzungsbesitz des Erblassers, die Zeit bis zur Besitzerwerbung durch den Erben und der Ersitzungsbesitz des Erben zusammengerechnet, vorausgesetzt, daß der Zusammenhang nicht durch den Besitz eines Dritten unterbrochen worden ist..." [1])

---

1) Die Motive (S. 662) bemerken dazu: Der § 275 schließt das Mißverständniß aus, als ob durch den § 274 die gemeinrechtliche Vorschrift habe aufgehoben werden sollen, daß, wenn während der Zeit, wo hereditas jacens gewesen, die Ersitzungszeit abgelaufen ist, nichts destoweniger die Sache als durch Ersitzung in das Eigenthum des Erben übergegangen gilt.

Digitized by Google

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts (Erlangen 1853) S. 22 f.: Besonders bemerkenswerth dafür, welche feine Grenzlinie das Röm. Recht zwischen den durch den Tod des Erblassers untergehenden und den durch die Fiktion der Fortdauer seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit in der Erbschaft aufrecht zu erhaltenden Rechtsverhältnissen zieht, ist die Unterscheidung, daß der juristische Besitz durch den Tod des Erblassers unterbrochen, gleichwohl aber die Usucapion durch die hereditas jacens fortgesetzt, und wenn die Usucapionszeit vor dem Erbschaftsantritt abläuft, vollendet wird. Streng genommen sollte vermöge der Unterbrechung des Besitzes auch die Usucapion nach dem Tode des Usucapienten nicht mehr vor sich gehen. Allein die conditio usucapiendi hat die Natur eines Vermögensrechts gleich dem Eigenthum; sie ist so zu sagen werdendes Eigenthum; eben deshalb trägt sie in der That die Bestimmung in sich, vererbt zu werden. Man entschloß sich daher eine Fortsetzung derselben durch die ruhende Erbschaft ohne Besitz anzunehmen, so lange nur nicht die Sache in den Besitz eines Dritten komme.. Man hatte aber dabei das klare Bewußtsein, von der strengen Consequenz des Rechts, welche Fortdauer der Thatsache des Besitzes zur Vollendung der Usucapion fordern würde, abzugehen. [1])

2. Die Frage:

ob in dem Falle, wenn nach dem Tode des Usucapionsbesitzers vor Antretung der Erbschaft die zur Vollendung der Verjährung noch fehlende Zeit abgelaufen ist, der Erbe das Eigenthum der Sache erwirbt, obwohl er weiß, daß sie nicht zum Nachlasse gehört hat,

ist nach unserem Recht unbedenklich zu verneinen, weil der Erbe die bis zur Erbschaftsantretung abgelaufene Besitzzeit sich nur dann anrechnen darf, wenn auch in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen der Usucapion — also vor Allem bona fides — vorhanden sind. Anders nach römischem Recht, welches bei dem Erben keine eigentliche accessio possessionis, sondern nur eine, ausschließlich durch seine Eigenschaft als Erben bedingte successio in usucapionem defuncti annimmt, und daher nicht den Erben, sondern die Erbschaft als Usucapienten betrachtet. [2]) Deshalb wird ohne alle Rücksicht auf die fides des Erben von Pomponius in l. 6 § 2 D. pro emt. (41, 4) gesagt:

Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus; sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

---

1) Vergl. ebend. S. 89 f. Ferner Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XII S. 535.
Köppen, die Erbschaft (Berlin 1856) S. 61—70.

2) Köppen a. a. O. S. 70.

Digitized by Google

3. Der im § 616 aufgestellte Satz gilt natürlich auch in Betreff des nachfolgenden Erben, wenn der zunächstgerufene nicht antritt.

Paul. l. 2 § 18 D. pro emt. (41, 4): Etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit.

---

§§ 617—619.

1. Diese Vorschriften behandeln die **usucapio pro herede**, die in dieser Auffassung dem römischen Rechte fremd ist. [1])

Papin. l. 11 D. de div. temp. pr. (44, 3): Quum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti quum sciens alienum ille, [2]) vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, quum de longa possessione quaeritur; neque enim recte defendetur, quum exordium ei bonae fidei ratio non tueatur.

l. 4 C. de usuc. pro her. (7, 29): Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse neque tenenti, neque heredi ejus potest. Nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur.

l. 4 C. de praescr. l. t. (7, 33): Diutina possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest.

cf. Pompon. l. 3 D pro hered. (41, 5): Plerique putaverunt, si heres sim, et putem, rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere. [3])

Diese, zum Theil mißverstandenen Grundsätze des römischen Rechts erlitten jedoch bereits in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, unter dem Einflusse des kanonischen Rechts, eine erhebliche Umgestaltung, aus der die usucapio pro herede als ein neugeschaffenes Institut hervorging.

---

1) Vergl. Unterholzner I §§ 106, 107 und die in der Note 366 (S. 357) angeführten Schriftsteller.
Desgl. Gesterding, Lehre vom Eigenthum. S. 289—293.
Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 446—466.
M. Levy, Einige Bemerkungen über die usucapio pro herede (in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XIX S. 347 f.).

2) Die Florentina liest: „alienum illum, illo.
Die Holoandrina: „alienum illum, ille."

3) Vergl. über diese Stelle Unterholzner a. a. O. Note 373 (S. 363).
Puchta, Vorles. I S. 315.

Digitized by Google

Als Belege seien hier nur folgende Schriftsteller angeführt:

Brunnemann, com. in C. ad l. ult. commun. de usuc. (7, 30 Nr. 2 sq.: ... vitiosa origo possessoris gravat etiam successorem licet bona possideat fide: Diversum autem in successore singulari, v g. emtore, qui si nolit uti accessione temporis venditoris, sed ips solus usucapere velit, non gravatur mala fide antecessoris. Ratio dif ferentiae est: quia heres defuncti personam repraesentat, et ita i universum ejus jus succedit, sed non successor singularis. Sed quae ritur, an jure nostro canonico, quo in materia praescriptionum utimur mala fides defuncti noceat heredi vitium ignoranti? Quod non puto quia jus canonicum, dum bonam fidem requirit, habet tantum rationem conscientiae et peccati vitandi. Sed heres ignorans non est in peccato Et quod heres induat vitia personalia defuncti, est mera subtilita juris civilis, et est ficta mala fides... quam sententiam in facultat solemus sequi ut conscientiae securiorem. Gail II. 18 Nr. 10. Mynsinger Cent. IV. obs. 6 Nr. 3, ubi de proc. Camerae testatur. [1])

Struv, Syntagma jur. civ. Exerc. 43 th. 32:... titulum pro herede ita explicamus, quod verus heres sit bonae fidei possessor omnium rerum in hereditate inventarum, licet fuerint alienae, et heredem non tenere allegare titulum, ex quo defunctus possedit, sed sufficit, ipsum in hereditate rem invenisse, ac ut heredem occupasse: unde fieri potest, ut etiam res, quae non fuit defuncti, e. gr. commodato data, usucapiatur ab herede... modo dominus rei non ostendat, defunctum non possedisse pro suo, sed ut alienam, quae domini intentio nullo temporis longo spatio absumitur.

Rave, Principia univ. doctr. de praescript. § 23: ... Superest titulus pro herede, circa quem mirificus doctorum dissensus est, et ut censent, etiam legum. Puto haec legibus convenire a. titulus pro

---

1) Mit Beziehung auf das römische Recht spricht sich dagegen Brunnemann com. in Pand. ad l. 3 pro herede (41, 5) Nr. 1 sq. dahin aus:... Ego puto titulum pro herede non esse per se sufficientem ad usupapionem, nisi defunctus bona fide ex vero speciali titulo, vel ex titulo probabili, ex causa crediti possederit, tunc enim heres pro herede possidet; sed simul ex titulo etiam defuncti. Et non video, quomodo mala fides defuncti non impediat usucapionem heredis, licet accessione temporis defuncti uti nolit; et quale futurum sit discrimen inter heredem et successorem singularem, si uterque non obstante mala fide antecessoris usucapionem a sua possessione implere possit.

Desgl. derselbe im com. in C. ad l. 1 de usuc. pro her. (7, 29) Nr. 5 sq.: .. Sed aliter pro herede possidere is dicitur, qui verus heres est, et rem aliquam in hereditate repertam possidet, et hic potest usucapere. Verum rectius mihi videtur statuere titulum pro herede non probare peculiarem titulum usucapionis, sed tantum novam qualitatem, et tituli ejus continuationem, quem defunctus habuit. Ex quo sequitur: si defunctus non habuit titulum, nec heredem pro herede usucapere posse res quas in hereditate reperit.. Verus heres rem repertam in hereditate non usucapiet, licet suus sit heres, vel extraneus, nisi defunctus habuit titulum specialem, quod ex lege fin. apprime colligitur.

Digitized by Google

herede nihil prodest ad usucapiendum contra eum, qui dominium suum et malam fidem antecessoris probat. l. 4 pro C. her. b. prodest autem, si mala fides antecessoris probari nequit, nec tamen titulus justus ipsius, sed heres per tempus ad usucapiendum sufficiens rem possedit tanquam hereditariam. l. 3. 4 D. pro her. c. in primis prodest, si heres, non probata mala fide antecessoris, ipsius justum titulum probare potest, ex quo is rem accepit, et quem continuat heres proherede, tunc enim adeo tempus antecessoris computatur in usucapionem. l. 4 C. de praesc. l. t. [1])

1) Vergl. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 289 f.: Eine Frage ist es, was es mit dem Titulus pro herede für eine Bewandtniß habe. Ist dieser Titel eine bloße Fortsetzung des Titels des Verstorbenen, oder ist er nicht zugleich ein eigener neuer Titel, auf welchen der Erbe eine Verjährung ex sua persona anfangen kann? Die Rechtsgelehrten streiten darüber und unentschieden schwankt die Waage des Sieges. Welchen Fahnen sollen wir folgen? Schließen wir uns an diejenigen an, welche den Erben begünstigen, indem sie die Meinung verfechten: Unter dem Titel pro herede könne der Erbe die Verjährung einer Sache anfangen und vollenden, die er unter der Erbschaft findet und für eine zur Erbschaft gehörige Sache hält, die es aber nicht ist; denn diese scheinen das Recht auf ihrer Seite zu haben. Zwar der Erbe kann unter diesem Titel keine Verjährung anfangen, wenn der Erblasser unredlicher Besitzer war, — wenn er sich widerrechtlich einer fremden Sache anmaaßte. Denn die Schuld setzt sich von dem Verstorbenen auf den Erben und duldet nicht, daß er durch Verjährung erwerben könne. Aber davon ist hier auch die Rede nicht, sondern wir setzen voraus, daß die Sache, die der Erbe verjähren will, nicht auf unrechtmäßige Art an den Erblasser gelangt sey. Die Rechtsgelehrten, welche hier in der Person des Erben eine Verjährung zulassen, reden von Sachen, die dem Erblasser geliehen, verpfändet, in Verwahrung gegeben waren. Doch nicht auf Fälle dieser Art sollte man die Möglichkeit der Verjährung einschränken, sondern sie auch auf solche erweitern, in welchen die Sache, die der Erbe verjähren will, dem Erblasser gar nicht zum Besitze hingegeben, sondern z. B. ohne sein Wissen in seinem Hause versteckt war. Denn die Stelle, die man zum Beweise unsrer Lehre anführt, ist so allgemein, daß sie Sachen aller Art, die unter der Erbschaft gefunden werden, umfaßt. Pomponius sagt nämlich:

L. 3 D. pro herede.
Plerique putaverunt, si heres sim, et putem, rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

Da der Römische Jurist die Meinung der meisten, die er berichtet, nicht mißbilligt, so muß angenommen werden, daß er sie gebilligt habe. Vollends muß eine Billigung des Satzes bei den Compilatoren oder vielmehr dem Gesetzgeber selbst angenommen werden, denn welcher andere Zweck konnte die Anführung eines nicht gemißbilligten Satzes bei diesen oder diesem haben? Es scheint freilich sonderbar, daß der Erbe durch seine Meinung in den Stand gesetzt werden soll, eine Sache verjähren zu können; aber es ist dies um nichts sonderbarer, als wenn die Gesetze in andern Fällen die Meinung an die Stelle der Wirklichkeit treten lassen. Der Titel pro herede ist ein wahrer Wahntitel; daß man dies nicht erkannte, weder von der einen Seite noch von der andern, darin liegt vielleicht der Hauptgrund des Zwiespalts der Rechtsgelehrten über unsere Frage. Hier ist kein wirklicher Titel, aber der Erbe glaubt, einen solchen zu haben; er hält dafür, die Sache sey auf ihn vererbt, und indem er dies glaubt, irrt er in den Thatumständen und zwar nicht in eigenen Handlungen. Es beruht also mit diesem Titel nur auf einer consequenten Anwendung sonstiger Rechtsgrundsätze.

Digitized by Google

Diese gemeinrechtliche (wiewohl ganz unrömische) Doctrin hat denn auch bei den Redactoren unseres Landrechts entschiedene Anerkennung gefunden.

Kircheisen's Entwurf von der Verjährung enthielt folgende Bestimmungen:

§ 825. „Ist der Besitz des Erblassers unredlich gewesen: so kann sein Erbe, für sich selbst, die Verjährung nicht anfangen, wenn er gleich von der Unredlichkeit dieses Besitzes keine Kenntniß hat."

§ 827. „Ist der Erblasser nicht im unredlichen Besitz gewesen: so kann der Erbe nach angetretener Erbschaft die Verjährung anfangen, wenngleich der Erblasser das zu verjährende Recht oder die zu verjährende Sache nicht in den bürgerlichen Besitz genommen hatte."

§ 828. „In diesem Falle vertritt die Antretung der Erbschaft die Stelle des sonst erforderlichen Titels."

§ 829. „Soll die Antretung der Erbschaft die Stelle des Titels vertreten: so muß der Erbe durch irgend eine dazwischen gekommene fremde Handlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit haben vermuthen können, daß der Gegenstand der Verjährung zu dem Eigenthum seines Erblassers gehöre."

§ 830. „Ist eine solche fremde Handlung dazwischen gekommen, welche den Irrthum des Erben entschuldigt: so kann er sich durch die gewöhnliche Verjährung auch solche Sachen zu eigen machen, welche bei seinem Erblasser verpfändet, verwahrlich niedergelegt, oder ihm geliehen waren."

Zu § 825 bemerkte Suarez:

„Dies scheint mir bedenklich. Soll per § 821 [1]) mala fides propria des Erben ihm schaden, wenngleich der Erblasser in bona fide gewesen, so scheint es billig, daß auch bona fides propria des Erben demselben zu statten komme, wenn gleich der Erblasser in mala fide war."

und zu den §§ 827—830:

Diese §§ sind mir dunkel.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 432, 433.

In Beziehung auf den (dem § 614 unseres Titels entsprechenden) § 485 des gedruckten Entwurfs war monirt worden:

Es scheint wohl, daß dem Erben das Erbrecht zum Titel dienen solle, um durch die gewöhnliche Verjährung zu präscribiren, wenn entweder der Erblasser gar keinen Titel gehabt, oder dem Erben sonst die Präscription ex propria persona vortheilhafter sein würde. Dies wäre

1) „Der Erbe setzt nur alsdann den redlichen Besitz seines Erblassers fort, wenn er das zu verjährende Recht oder Sache redlich besitzet."

Digitized by Google

jedoch ausdrücklich zu sagen, um Zweifel darüber zu beseitigen, ob der Erbe, der keinen andern Titel als das Erbrecht für sich hat, nach § 487 (§ 620 unsers Titels), oder nur nach § 492 (§ 625 unseres Titels) präscribiren könne.

Ebendas. S. 542.

Suarez bemerkte dazu:

Den Satz, daß der Erbe, welcher eine neue Verjährung anfängt, keines speciellen Titels bedürfe, sondern titulus pro herede hinreichend sei, könnte man, mehrerer Deutlichkeit wegen, wohl aufnehmen.

Ebendas. S. 546.

Demgemäß wurde denn auch im umgearbeiteten Entwurfe § 622 die (unserm § 617 entsprechende) Bestimmung aufgenommen:

„Um eine neue Verjährung solcher Sachen, die im Nachlasse vorgefunden worden, anzufangen, bedarf der Erbe keines besonderen Titels."

Vergl. auch die Erkenntnisse unseres Ober-Trib. vom 26. Mai 1848 Präj. Nr. 2018 (Entsch. B. 17 S. 130 und Arnsberger N. Archiv XIV S. 104) desgl. vom 29. März 1852 Präj. Nr. 2359 (Entscheid. B. 22 S. 296) und vom 16. Februar 1853 (Entscheid. B. 25 S. 111 f.)

2. Anlangend die neueren Gesetzbücher, so enthält

a) das Oesterreichische im § 1462 die mit dem römischen Recht vollkommen übereinstimmende Vorschrift:

„Verpfändete, geliehene, in Verwahrung oder zur Fruchtnießung gegebene Sachen können von Gläubigern, Entlehnern und Verwahrern oder Fruchtnießern, aus Mangel eines rechtmäßigen Titels, niemals ersessen werden. Ihre Erben stellen die Erblasser vor, und haben nicht mehr Titel als dieselben. [1]) Nur dem dritten rechtmäßigen Besitzer kann die Ersitzungszeit zu Statten kommen." [2])

---

1) Ebenso der Code civil art. 2236. „Ceux, qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit. — Ainsi le fermier, le dépositair, l'usufruitier, et tous autres qui detiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire."

art. 2237. „Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelq'un des titres désignés par l'article précédent, ne peuvent non plus prescrire."

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Auflage) I. § 217 bemerkt: Der titulus pro herede ist zwar zur (30jährigen) Verjährung der hereditatis petitio, nicht aber zur Ersitzung der zum Nachlasse gehörenden Liegenschaften genügend. Denn der Erbe setzt in jeder Beziehung nur den Besitz des Erblassers fort.

Vergl. art. 724. Troplong Nr. 888. Rhein. Archiv XVIII, I, 90. XXV, I, 40.

2. Uebereinstimmend mit dem Code civil art 2239. „Ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres detenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété, peuvent la prescrire."

Digitized by Google

Gleichwohl bestimmt der folgende (unserem § 614 entsprechende) § 1463:

„Der Besitz muß redlich sein. Die Unredlichkeit des vorigen Besitzers hindert aber einen redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anzufangen."

b. Auch das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen schließt sich im Wesentlichen dem römischen Rechte an, indem es bestimmt:

§ 281. „Der Erbe, welcher Sachen, als zur Erbschaft gehörig besitzt, kann eine vom Erblasser an diesen Sachen bereits begonnene Ersitzung nur mit dem Rechtsgrunde fortsetzen, welchen der Erblasser selbst hatte. Besaß der Erblasser die Sache ohne einen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund, so gewährt das Erbrecht dem Erben, welcher den Besitz ergriffen hat, keinen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund. Dasselbe gilt bei Sachen, welche der Erblasser nicht inne hatte, der Erbe aber für Erbschaftssachen hielt und als Erbe in Besitz nahm."

§ 282. „Ein Nichterbe, welcher einen Berufungsgrund zur Erbschaft für sich hat, der wegen eines vom Anfange vorhandenen oder später eingetretenen Hindernisses unwirksam ist und als vermeintlicher Erbe den Besitz von Sachen ergreift, welche der Erblasser inne hatte, hat in dem Berufungsgrunde einen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund, wenn ihm nicht die Unredlichkeit des Besitzes nach der Vorschrift im § 276 nachgewiesen werden kann. Die Ersitzung aus diesem Rechtsgrunde kann, jedoch dem wahren Erben gegenüber nicht geltend gemacht werden." [1])

---

1) In den Motiven (S. 663 f.) wird gesagt: Die §§ 281, 282 betreffen den s. g. titulus pro herede, über welchen von jeher Meinungsverschiedenheit geherrscht hat. Das Gesetzbuch hat nachstehende Sätze darüber aufgestellt:

a) Eine von dem Erblasser angefangene Ersitzung setzt der Erbe — vorausgesetzt, daß er auch im redlichen Glauben steht — fort;

b) befinden sich im Nachlasse Sachen, welche

aa. der Erblasser zwar besaß, ohne sich jedoch in conditione usucapiendi zu befinden, oder

bb. welche er nur für Andere, als Commodatar, Miether u. s. w. inne hatte,

so gewährt das Erbrecht keinen Titel zur Ersitzung;

c) befinden sich im Nachlasse Sachen, welche gar nicht dahin gehören, von welchen aber der Erbe glaubt, daß sie dazu gehören, so kann von einer Ersitzung kraft Erbrechtes ebenfalls keine Rede sein;

d) was den heres putativus betrifft, so kann, wenn Jemand aus einem gesetzlichen Berufungsgrunde als vermeintlicher Erbe im Nachlasse vorgefundene Sachen, gleichviel, ob sie zum Nachlasse gehören oder nicht, in Besitz nimmt, rücksichtlich derselben eine neue Ersitzung beginnen. Dem wirklichen Erben gegenüber kann aber weder in Beziehung auf das Erbrecht, noch in Beziehung auf einzelne Erbschaftssachen eine Ersitzung vollendet werden, indem dies nach den Vorschriften über die Erbschaftsklage nicht denkbar ist.

Digitized by Google

Aber auch dieses Gesetzbuch enthält die schwerlich damit zu vereinigende (wörtlich dem § 1463 des Oesterreich. Ges. Buchs entnommene) Vorschrift

§ 277. „Die Unredlichkeit des vorigen Besitzers hindert den redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung vom Tage seines Besitzes anzufangen."

c) Das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch bestimmt:

§ 537. „Eine Ersitzung von Grundstücken ist zulässig zu Gunsten des rechtmäßigen und redlichen Besitzers in folgenden Fällen...

b. wenn Jemand ein von einem Erblasser hinterlassenes Grundstück in gutem Glauben als Erbe übernommen hat, während er nicht Erbe war...

§ 643. „Der Erbe, welcher eine dem Erblasser geliehene oder verpfändete oder sonst zu bloß abgeleitetem Besitze übergebene Sache in der Erbschaft vorfindet und fortbesitzt, ersitzt dieselbe ebenfalls, insofern er im Glauben steht, daß die Sache zu der Erbschaft gehöre." [1])

3. Der Erbe des Verwahrers einer fremden Sache besitzt dieselbe zehn Jahre hindurch in dem Glauben, daß sie zum Nachlasse gehöre.

Ist dadurch, daß er als redlicher Besitzer das Eigenthum der Sache erworben, auch der Vertragsanspruch des Niederlegers auf Zurückgabe oder Entschädigung erloschen?

Diese Frage wird zu bejahen sein. Denn als Besitzer und nunmehriger Eigenthümer der Sache ist der Erbe dem Niederleger gar nicht, als Erbe aber nur in soweit verhaftet, als er den durch den Verwahrungsvertrag gegen den Erblasser begründeten Ansprüchen Genüge zu leisten hat. Von einem solchen Anspruche kann keine Rede mehr sein, sobald der Niederleger ohne Schuld des Erblassers der Sache verlustig gegangen ist, es mag dieser Verlust in dem zufälligen Untergange der Sache, oder darin seinen Grund haben, daß ein Anderer dieselbe an sich gebracht hat. — Der § 62 Tit. 14

1) Bluntschli in seinen Erläuterungen II S. 136, 137 bemerkt dazu:

Das österr. G. B. § 1462 hat hier die entgegengesetzte, auch von der römischen Jurisprudenz verfochtene Meinung, daß der Erbe nur als Fortsetzer des früheren Besitzes des Erblassers zu betrachten sei, und deshalb, wo dieser die Ersitzung nicht begonnen und keinen Usucapionsbesitz gehabt habe, auch nicht ersitzen könne. Unser Gesetz folgt hier der deutsch-rechtlichen Auffassung, welche auch das Neue und Selbständige hervorhebt, was in der Besitznahme des Erben liegt, und das Erbrecht für einen zureichenden Titel hält, um auch an einzelnen Sachen, die sich in der Verlassenschaft finden, rechtmäßigen Besitz zu erwerben.

Digitized by Google

Th. I des Allg. Land-Rechts [1]) steht hierbei nicht entgegen, weil er den Fall betrifft, wo dem Niederleger die Sache durch eine unbefugte Handlung des Erben entzogen worden war.

Zeitraum.

§ 620. 1. Vergl. pr. J. de usuc. (2, 6): Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit: is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur: et ideo Constitutionem (l. un. C. de usuc. transform. 7, 31) super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id ist inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, adquirantur. [2])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1466. „Das Eigenthumsrecht, dessen Gegenstand eine bewegliche Sache ist, wird durch einen dreijährigen rechtlichen Besitz ersessen."

§ 1467. „Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ebenfalls durch Verlauf von drei Jahren..."

§ 1468. „Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher eingeführt sind, und die Erwerbung unbeweglicher Sachen aus den Gerichts-Akten und anderen Urkunden zu erweisen ist, oder wenn die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübet, nicht eingetragen ist, wird die Ersitzung erst nach dreißig Jahren vollendet."

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen. § 272. „Ist der redliche Besitzer einer beweglichen Sache zugleich rechtmäßiger Besitzer und hat er den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt, so erwirbt er das Eigenthum, wenn er den Besitz drei Jahre fortgesetzt hat."

§ 290. „Eigenthum an Grundstücken kann nicht durch Ersitzung erworben werden."

---

1) „Haben die Erben eine niedergelegte Sache in der Meinung, daß sie zum Nachlasse gehöre, redlicher Weise veräußert: so darf dennoch der Niederleger mit dem dafür gelöseten Kaufpreise sich nicht begnügen; sondern es bleibt ihm der Nachweis, daß die Sache zur Zeit der Niederlegung mehr werth gewesen sei, vorbehalten.

2) Vergl. Unterholzner I § 178.

Digitized by Google

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch § 528. „Die Ersitzung bildet (bei Grundstücken) einen Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes, wenn mit dem ideellen Besitzrechte während zehn Jahren reeller Besitz verbunden bleibt..."

§ 642. „Der rechtmäßige und redliche Besitz einer beweglichen Sache erwächst ohne Rücksicht auf An- oder Abwesenheit des Eigenthümers unter der Voraussetzung zu Eigenthum, daß derselbe drei Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzt wurde." [1])

Code civil art. 2265. „Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, si le veritable propriétaire habite dans le resort de la cour royale dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé, et par vingt ans s'il est domicilié hors dudit ressort."

art. 2279. „En fait de meubles, la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient."

4. Zur Rechtfertigung der unserem Landrechte eigenthümlichen Bestimmung, wonach in Betreff des Ersitzungszeitraumes zwischen Immobilien und Mobilien kein Unterschied besteht, sagt Suarez in seinen Vorbemerkungen zum gedruckten Entwurf: [2])

Der bei beweglichen Sachen, nach gemeinen Rechten, eingeführten kürzeren Verjährung durch Besitz hat es hier nicht bedurft. Denn da eine bewegliche Sache gegen denjenigen, der ihren vollständigen Besitz von einem redlichen Besitzer redlicher Weise erlangt hat, nur gegen Ersatz des Werths vindicirt werden kann, so ist kein Grund mehr vorhanden, warum dies gemilderte Vindications-Recht bei beweglichen Sachen auf eine kürzere Frist, als bei unbeweglichen, eingeschränkt werden sollte.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 503.

---

1) Bluntschli in seinen Erläuterungen II S. 136 bemerkt dazu: Diese Ersitzung ist in unserem Rechte neu eingeführt worden, theils in Anerkennung des natürlichen Wachsthums aus der thatsächlichen in die feste Rechtsherrschaft, theils um veraltete Zweifel und Händel abzuschneiden und den Rechtsfrieden zu sichern.... Die römische Frist von drei Jahren dauert lange genug, um auch Abwesenden gegenüber nicht erstreckt zu werden, und ist in die meisten Rechte auch der neueren Zeit als maßgebend aufgenommen worden. Das neuere Recht hat auch hier römische mit deutschen Rechtsbegriffen verbunden und aus dieser Verbindung ein neues Institut gemacht.

2) Der Kleinsche Entwurf enthielt noch die Bestimmung:

§ 782. „Die gewöhnliche Verjährung wird bei beweglichen Sachen, ohne Rücksicht auf die An- oder willkürliche Abwesenheit des Berechtigten, innerhalb drei Jahren; bei unbeweglichen aber innerhalb zehn Jahren unter Anwesenden, und innerhalb zwanzig Jahren unter Abwesenden vollführet."

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 442.

Digitized by Google

3. Bei der Berechnung des Ersitzungszeitraumes findet nach römischem Rechte unzweifelhaft die s. g. Civil-Computation statt. [1])

Ulp. l. 6 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. [2])

Id. l. 7 eod.: Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.

Venulej. l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio; nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

Es fragt sich:

ob dasselbe auch nach Preußischem Rechte anzunehmen ist.

Kircheisen's Entwurf enthielt sehr spezielle Bestimmungen hierüber. Es war darin der Grundsatz aufgestellt:

§ 844. „Sowohl bei der gewöhnlichen als ungewöhnlichen Verjährung wird der vorgeschriebene Zeitraum von dem Augenblick, mit welchem die Verjährung ihren Anfang nimmt, bis zu dem Augenblick, welcher zu ihrer Vollendung vorgeschrieben ist, berechnet."

§ 845. „Der angefangene Tag wird dabei niemals zum Nachtheil des Eigenthümers für vollendet geachtet."

ja sogar Behufs der Anwendung desselben die Vorschrift beigefügt:

§ 846. „Durch den ersten Puls der Glocke wird die Beendigung der vergangenen Stunde angezeigt."

§ 847. „Ist die Uhr mit einem Glockenspiel versehen, so ist durch den ersten Ton des Vorspiels die verlaufene Stunde beendet."

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 434, 435.

so daß sich etwa nur noch darüber Bestimmungen vermissen ließen, welche Glocke die entscheidende sei, wie der innerhalb einer Stunde, noch vor einem Glockenschlage eintretende Vollendungs-

---

1) Vergl. Unterholzner I § 90 und die in den Noten angeführten Schriftsteller.

2) Vergl. H. Donell. com. de jure civ. Lib. V cap. XIX § 2... Hoc igitur dicit Ulpianus, in usucapionibus non computare nos tempus legitimum, quod ad usucapionem exigitur ab hora ad horam, ut necesse sit, qua hora coepit quis possidere et usucapere, in eandem horam desinere ultimum annum, quo plane finiatur: sed computare totum postremum diem, scilicet ut, cum ad eum perventum erit, quamvis coeptus sit tantum, non finitus, nihilominus totus accipiatur, ut prosit quasi finitus ad usucapionem implendam. Computamus igitur totum, quasi tatus exactus esset, etsi totus non exigitur ad explendum constitutum tempus.

Digitized by Google

moment festgestellt werden solle, auch wie es zu halten, wenn der Usucapient oder die betreffende Sache sich ganz außer dem „Reiche des Klanges“ befänden.

Die späteren Entwürfe, aus denen unser Landrecht hervorgegangen ist, haben, statt noch eingehendere Bestimmungen zu treffen, nicht allein die Glocke sammt dem Glockenspiel fallen lassen, sondern auch überhaupt jener Frage gar keiner Erwähnung gethan:

Was ist hieraus zu folgern?

Unserer Ansicht nach nur, daß das Landrecht die römische Civilcomputation *nicht* aufgenommen hat. Denn da diese auf bloßen Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhende, dem strengen Recht zuwiderlaufende Berechnungsart eine bloße *Fiktion* an Stelle der Wirklichkeit zur Geltung bringen will, so kann sie auch nur durch ein ausdrückliches *Gesetz* sanctionirt werden. Ein solches Ausnahmegesetz ist in unserem Landrecht nirgends enthalten, namentlich auch nicht in der Bestimmung des § 46 Tit. 3 Th. I:[1])

„Ist die *Erwerbung eines Rechtes* an einen gewissen Tag gebunden, so wird dasselbe, sobald der Tag angefangen ist, für erworben geachtet.“

Denn der durch die Verjährung vermittelte Rechtserwerb ist nicht *an einen gewissen Tag*, sondern *an den Ablauf einer gewissen Zeitfrist* gebunden. Er setzt daher nothwendig *die Vollendung des bestimmten Zeitraumes in allen seinen Momenten* voraus.[2]) Wollte man hiergegen geltend machen, daß die Civil-

---

1) Die entgegengesetzte Ansicht wird in den „Studien zur Lehre von der Verjährung“ aufgestellt, indem aus dem § 46 a. a. O. gefolgert wird, daß auch nach dem A. L. R., wie im röm. Recht, bei der erwerbenden Verjährung Civilcomputation stattfindet.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 678.

2. Mit Recht sagt daher *Unger*, System des österr. allgemeinen Privatr. II S. 307 f.:

Handelt es sich darum, daß eine Frist *abgelaufen*, *verstrichen*, ein Zeitraum *verflossen*, eine gewisse Anzahl von Zeittheilen *zurückgelegt* sei, dann ist sicherlich der *Ablauf* des letzten Kalendertags erforderlich, da man erst dann sagen kann, eine Strecke sei zurückgelegt, wenn man sich nicht mehr innerhalb derselben, sei es auch in einem noch so kleinen Stück befindet, also wenn sie *überschritten* ist. (Ist z. B. die Bestimmung, daß man, um Eigenthum durch Ersitzung zu erwerben, xmal 365 Tage die Sache besessen haben müsse, dahin zu verstehen, daß man dann, wenn diese Frist *abgelaufen* sei, Eigenthümer werde, so muß der letzte Tag vollendet sein, damit jene Wirkung eintrete).

Digitized by Google

computation unentbehrlich sei, um eine in Wirklichkeit gar nicht ausführbare minutiöse Berechnung der Verjährungsfrist abzuschneiden, so würde diese Bemerkung nur den Gesetzgeber, nicht aber das Gesetz treffen. Sie ist aber auch nicht einmal richtig. Ein Usucapient, mit der Uhr in der Hand auf den ersten Glockenschlag horchend, der ihm seinen vollendeten Rechtserwerb verkündet, ist dem Rechtsleben ganz fremd und muß ihm fremd sein, da ein solcher dem bei jeder Ersitzung unerläßlichen Erfordernisse der bona fides gar nicht entsprechen würde. Die Ersitzung kommt in der Regel erst in Frage, wenn der zu ihrer Vollendung erforderliche Zeitraum längst abgelaufen ist. In den allerwenigsten Fällen wird aber auch ein nach Tagen, geschweige denn nach Stunden oder Minuten, bestimmter Anfangspunkt festzustellen sein, woraus denn von selbst folgt, daß auch der Endpunkt nicht nach Tagen, sondern nur nach Jahren berechnet werden kann. Die Praxis wird daher kaum einen Fall aufzuweisen haben, wo bei Berechnung des letzten Zeitmoments der Ersitzung Schwierigkeiten der hier gedachten Art entstanden sind.

Was die neueren Gesetzgebungen betrifft, so bestimmt

a) das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch nur

§ 1465. „Zur Ersitzung und Verjährung ist auch der in dem Gesetze vorgeschriebene Verlauf der Zeit nothwendig... [1])

enthält übrigens auch, gleich unserem Landrechte, die allgemeine Vorschrift:

§ 903. „Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben..."

b. Im bürgerl. Gesetzbuche für das K. Sachsen findet sich nur die allgemeine Bestimmung:

§ 89. „Soll ein Zeitraum von einem Tage an berechnet werden, an welchem eine gewisse Begebenheit eingetreten ist, so wird der auf den Tag, an welchem das bestimmende Ereigniß vorfiel, folgende Tag als erster Tag des entscheidenden Zeitraums betrachtet, und das Ende desselben tritt erst ein, wenn der letzte Tag vorüber ist." [2])

c. Der letztere Grundsatz ist auch im Code civil in besonderer Beziehung auf die Verjährung ausgesprochen:

art. 2260. „La prescription se compte par jours, et non par heures."

---

1) Vergl. Unger a. a. O. S. 302 Note 32.

2) Vergl. die B. VII S. 464 dieser „Beiträge" mitgetheilten Motive.

Digitized by Google

art. 2261. „Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.“ [1])

---

§§ 620 — 623.

l. 12 C. de praescr. l. t. (7, 33): ..Sancimus, debere in hujusmodi specie utriusque personae, tam petentis quam possidentis spectari domicilium, ut tam is, qui dominii vel hypothecae quaestionem inducit, quam is, qui res possidet, domicilium habeat in uno loco, id est, in una provincia. Hoc enim magis nobis eligendum videtur, ut non in civitate concludatur domicilium, sed magis provincia, et si uterque domicilium in eadem habent provincia, [2]) causam in praesentes esse videri, et decennii magis praescriptione agentem excludi... Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera: tunc ut inter absentes causam disceptari, et locum esse viginti annorum exceptioni...

Nov. 119. c. 8. De praescriptione vero decennii hoc ordinate prospeximus, ut, si quando quispiam in praedicta decennii temporali praescriptione in quibusdam quidem annis praesens sit, in quibusdam vero absens, alios tantos ei annos super decennium adjici, quantos ex ipso decennio absens fuit... [3])

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 21. Septbr. 1824: Der Begriff von praesentia und absentia ist in l. 12 C. cit. lediglich danach zu bestimmen, ob beide Theile, derjenige, der in conditione usucapendi ist, und derjenige, gegen welchen usucapirt werden soll, ihr Domicil in einer und derselben Provinz oder in verschiedenen Provinzen haben, ohne daß sich hierbei darauf im Gesetze die geringste Rücksicht genommen findet, ob derjenige, gegen welchen die Verjährung von Statten gehen soll, an dem Wohnorte des andern einen Bevollmächtigten zur Wahrnehmung seiner Rechte hinsichtlich des Gegenstandes, worauf die Verjährung sich bezieht, habe oder nicht. [4])

Seuffert, Archiv XV Nr. 107.

---

1) Vergl. B. VII S. 464 Note 1 dieser „Beiträge.“
Thibaut, Lehrb. des franz. Civilr. § 258 S. 324 bemerkt: Der Code civil hat, um Weitläufigkeiten abzuschneiden, die weise Vorschrift, daß der ganze Tag mitgezählt werden soll, auf den die Verjährungsstunde fällt, daß aber dann auch das Ende bis auf die letzte Minute zu zählen ist.

2) Struv, synt. jur. civ. Exerc. 43 th. 17:... Absens hic censetur, qui non in eadem provincia, et hodie, qui non in eodem territorio, vel etiam, praesertim si hoc amplum sit, non sub eodem praefecto seu locis dissitis domicilium habet. Absentia igitur ista et praesentia non tam aestimatur ratione personae, quam domicilii, ita ut, licet corpore absens sit, tamen ob domicilium, quod in provincia habet, pro praesente habeatur.

3) Vergl. Unterholzner I § 84.
Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 442 f.
Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum. Abschn. II. S. 378 f.

4) Vergl. auch das Erk. des O. A. G. zu Darmstadt vom 25. November 1830. Ebendas. X Nr. 137.

Digitized by Google

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 17. Januar 1854: Gesetzlicher Bestimmung zufolge kann wider Abwesende nur eine Verjährung von 20 Jahren eintreten, ohne daß es in dieser Hinsicht einen Unterschied macht, ob die Abwesenheit erlaubt, bez. ob ein Mandatar an Ort der belegenen Sache vorhanden ist.

Ebendas. IX Nr. 9.

Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 20. Juni 1855: Derjenige, welcher eine Servitut durch Verjährung erworben haben will, muß gegenüber der Ausübung eines zehnjährigen Besitzes die Anwesenheit des Eigenthümers des dienenden Grundstückes nachweisen. [1])

Ebendas. XII Nr. 250.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1475. „Der Aufenthalt des Eigenthümers außer der Provinz, in welcher sich die Sache befindet, steht der ordentlichen Ersitzung und Verjährung insoweit entgegen, daß die Zeit einer willkührlichen und schuldlosen Abwesenheit nur zur Hälfte, folglich Ein Jahr nur für sechs Monate gerechnet wird. Doch soll auch diese Zeiträume der Abwesenheit, welche durch kein volles Jahr unterbrochen gedauert haben, nicht Bedacht genommen, und überhaupt die Zeit nie weiter als bis zu dreißig Jahren ausgedehnt werden. Schuldbare Abwesenheit genießt keine Ausnahme von der ordentlichen Verjährungszeit."

Code civil art. 2265 (s. oben S. 137.)

art. 2266: „Si le véritable propriétaire a eu son domicile en différens temps dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence un nombre d'années d'absence double de celui, qui manque pour compléter les dix ans de présence. [2])

Dreißigjährige Präscription.

§§ 625—628.

1. l. 8 § 1 C. de praescr. 30 v. 40 ann. (7, 39): Quod si quis eam rem desierit possidere: cujus dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione 30 vel 40 annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur. ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio

---

1) Struv l. c.: Ceterum qui usucapione decennali se fundat, praesentem alterum fuisse probare debet, cum non probata praesentia usucapio non esset completa.

2) Das sächsische Gesetzbuch, welches die Ersitzung von Grundstücken nicht kennt, hat solche Bestimmungen nicht aufgenommen, eben so wenig das Zürcherische § 642 (s. oben S. 137.).

Digitized by Google

fuit, supposita eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat... [1])

C. 15 Causa 16 qu. 3: Qui enim bona fide et justo titulo rem praesentis per decennium, absentis vero pro vicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit..; si vero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam adversus verum dominum, utiliter rem vendicare poterit. Si autem nullo titulo, bona tamen fide per tricennium rem alicujus possederit, simili gaudebit praesidio...

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1477. „Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 oder 40 Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels. Die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 271. „Der redliche Besitzer einer beweglichen Sache erwirbt das Eigenthum derselben durch Ersitzung, wenn er den Besitz der Sache 30 Jahre fortgesetzt hat."

Zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch § 539. „Ueberdem findet die Ersitzung zu Gunsten des redlichen Besitzers auch in Ermangelung eines nachweisbaren, auf Besitzerwerb gerichteten Rechtsgrundes an Grundstücken statt, deren Eigenthümer nicht aus dem Grundprotokoll ersichtlich ist, wenn der Eigenthumsbesitz während 30 Jahre ohne gerichtlichen Widerspruch ununterbrochen fortgedauert hat..."

Code civil art. 2262. „Toutes les actions, tant réelles que personelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi." [2])

2. Suarez spricht sich in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurfe über die §§ 625 — 628 d. T. dahin aus: [3])

Aus dem bloßen gar nicht titulirten Besitze kann niemals ein Eigen-

---

1) Vergl. Unterholzner I § 104. II § 177.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 62.

2) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. (5. Auflage) I § 216: Zur Begründung der 30jährigen Ersitzung ist nicht erforderlich, daß man einen zur Erwerbung des Eigenthums an sich hinreichenden Titel nachweisen könne. Vielmehr stellen die Gesetze, in Beziehung auf die 30jährige Ersitzung, die Rechtsvermuthung — wenn auch nur mit Vorbehalt des Gegenbeweises — auf, daß ein Jeder in seinem eigenen Namen und als Eigenthümer der Liegenschaft besitze (oder die Dienstbarkeit ausübe.) Es ist daher derjenige, welcher jenen Beweis erbracht hat, bei seinem Eigenthum ꝛc. zu schützen, dafern nicht die Gegenpartei reprobando ausführt, daß er im Namen eines Andern (als possesseur précaire) besitze oder zu besitzen angefangen habe (art. 2230, 2231). Auch braucht er sich, wenn er sich wegen dieser Ersitzung auf einen Titel bezieht, nicht auf Einreden gegen die Gültigkeit seines Titels einzulassen.

3) Vergl. Leyser med. ad P. spec. 457 m. l. 2:... Qui rem per 30 annos possedit, etsi titulum possessionis suae allegare et probare nequeat propterea tamen titulo non prorsus caret, sed verosimile est, adquisivis-

Digitized by Google

thum entstehen; eigentlich findet also auch keine praescriptio acquisitiva sine titulo statt; weil doch aber der Besitzer, qua talis, nur dem weichen darf, der ein besseres Recht zum Besitze nachweisen kann, und weil der, der wirklich ein besseres Recht hatte, solches per non usum triginta annorum verloren hat; so geschieht es per indirectum, daß der dreißigjährige possessor non titulatus bei seinem Besitze auch contra verum dominum geschützt werden muß, folglich pro domino zu achten ist, weil Niemand mehr vorhanden ist, der sein Besitzrecht anfechten kann. Die dreißigjährige Präscription ist also im Grunde species extinctivae; weil sie aber doch nur demjenigen Nutzen bringt, der sich im Besitze befindet, so hat man sie füglich unter den acquisitivis mit vortragen können. Sie ist also wirklich vermischter Natur. Von der extinctiva hat sie das, daß kein titulus erfordert wird, und daß zu ihrer Vollendung dreißig Jahre gehören. Von der acquisitiva hat sie das, daß eine wirkliche Ergreifung des vollständigen Besitzes, i. e. eine Handlung, wodurch Jemand die Sache oder das Recht, als das seinige, in Besitz genommen, vorhergegangen, und daß der Besitzer in bona fide sein muß, weil mala fides niemals auf die beneficia possessionis, auf welche es doch hier ankommt, ein Recht geben kann. Auf diese Theorie gründen sich §§ 625—628 h. T.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 549.

3. Ueber die Frage:

Steht der Annahme guten Glaubens bei der dreißigjährigen Ersitzung ein Rechtsirrthum über die Rechtmäßigkeit des Erwerbstitels entgegen? *)

---

illum vel majores ejus olim rem legitime, periisse autem tanti temporis lapsu, successionibus hereditariis aliisque casibus memoriam ejus tituli, aut saltem instrumenta, quibus titulus hic probetur. Ne itaque possessori antiquitas temporis et cessatio adversarii in agendo fraudi esset, optima ratione constitutum fuit, ut ei, qui rem per 30 annos tenuit, si conveniatur, titulum nec probare et nec allegare quidem necessum sit. Praesumit ergo lex et colligit titulum ex istis circumstantiis, non excludit. Ais, posse tamen sic contingere, ut nullus revera titulus subsit, atque ita verus dominus per solam possessionem jure suo excidat damnumque incurrat. Esto. Incertum tamen hoc est propter longinquitatem temporis. In hac incertitudine possessori magis faveri debet, cui luctuosissimum foret, re, quam tamdiu tenuit, ut, quomodo illam olim adquisiverit, ne quidem recordetur, jam privari. Contra ratione antiqui domini recuperatio rei, qua per tot annos caruit, lucri potius rationem habebit.

*) Böcking, Pandekten des röm. Privatr. § 149 Note 10: „Savigny System III S. 371 Note b a. E. meint, auch der Rechtsirrthum genüge zur Begründung der zur außerord. Ersitzung erforderlichen bona fides, und beruft sich dafür auf die diesen, den Rechtsbestimmungen über Irrthum überhaupt und denen über Usucapion insbesondere widersprechenden Irrthum gewiß nicht stützende l. 8 § 1 C. h. t. (7, 39.) Mit Recht sagt Scheurl, Beiträge Nr. 15 § 23 a. E.

Digitized by Google

verbreitet sich ein Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 24. Mai und 10. Juni 1856:

Die außerordentliche Ersitzung erfordert keinen Titel, sondern nur guten Glauben. Sie kann daher stattfinden, wenn gar kein Titel, oder nur ein vermeintlicher Titel vorhanden ist, oder ein Fehler an demselben haftet, welcher das Rechtsgeschäft unkräftig macht, sofern nur das Bewußtsein eines fremden Rechts, oder eines Mangels an dem eigenen Rechte dem Ersitzenden nicht inne wohnt. Auf den Grund dieses mangelnden Bewußtseyns kommt nichts an, mag er in grober Nachläßigkeit oder in entschuldbarem Irrthum liegen, und mag der letztere auf Thatsachen oder Rechtssätze sich beziehen.

Fr. 25 § 6 de her. pet. (5, 3.)

Die von dem vorigen Richter angeführte Const. 7 de agric. (11, 47) bezieht sich auf einen Fall, in welchem eine Veräußerung in fraudem legis geschehen, die mala fides also gerade in dem absichtlichen Umgehen des Gesetzes gelegen war.

Andere Gesetzesstellen, welche eine ignorantia juris als Hinderniß der usucapio aufstellen,

fr. 4 de jur. et fact. ign. (22, 6); fr. 32 § 1 de usurp. (41, 3),

beziehen sich nur auf die ordentliche Ersitzung und den zu dieser erforderlichen justus titulus, nicht aber auf die praescriptio longissimi temporis, welche nichts weiter als das negative Erforderniß der Abwesenheit einer mala fides erheischt. Dieß ist um so weniger zweifelhaft, als zur Zeit des Juristenrechts, aus welchem jene Gesetzes-Stellen in das corpus juris aufgenommen worden, diese erst durch Justinian eingeführte außerordentliche Ersitzung noch nicht existirte. Nur darauf kann sich der Ersitzende nicht berufen, daß er das Verbot einer solchen gesetzlich mißbilligten Handlung, gegen welche schon das natürliche Rechts- und Sittlichkeitsgefühl streitet (z. B. Diebstahl ꝛc.) nicht gekannt habe,

---

„Beruft sich Jemand auf die außerordentliche Usucapion, so braucht er einen Titel nicht anzugeben.... Auch hier aber ist er nicht zu hören, wenn sich ergibt, daß der Irrthum, in welchem er sich für den Eigenthümer hielt, ein unentschuldbarer war."

cf. Brunnemann com. in C. ad l. 4 de praescr. l. t. (7, 34) Nr. 2: Et quamvis in longissimi temporis praescriptione non requiratur titulus, .. titulus tamen vitiosus apparens bonam fidem tollit, etiam in longissimi temporis praescriptione.. Deterius enim est malum titulum habere quam nullum.

In Betreff des Preuß. Rechts vergl. Thöne, Fundamentallehren II S. 522—527. Präjudiz des Ob.-Trib. vom 20. November 1848 Nr. 2073. (Entscheid. B. 16 S. 524) und dagegen das Erkenntniß vom 23. Septbr. 1851 (Striethorst, Archiv B. 2 S. 361) mit der Nachschrift der Herausgeber des gedachten Archivs.

Digitized by Google

denn hiermit ist guter Glaube nicht vereinbar, weil es ein Verstoß gegen die Moralität wäre, welche die Grundlage des guten Glaubens ist.

Cap. 20 X. de praescr. (2, 26.)

Allerdings ist der gute Glaube in der Regel durch die Existenz eines Erwerbtitels bedingt, weil der Glaube, den Besitz rechtsmäßig erworben zu haben, sich nothwendig auf etwas stützen, mithin eine erweisliche objective Grundlage haben muß, und diese einzig in dem Erwerbtitel selbst besteht. Insofern ist die Ansicht des nächstvorigen Richters, daß bona fides und justus titulus in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, richtig; zu weit geht aber derselbe, wenn er beide dahin identificirt, daß guter Glaube nur bei einem wirklich rechtmäßigen Erwerbtitel möglich sey; vielmehr genügt es, daß der Besitzer nicht weiß, daß es dem Erwerbtitel an der Rechtmäßigkeit gebricht. Wäre jene Ansicht richtig, so würde jeder Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Ersitzung, mit Ausnahme der Zeitdauer, verschwinden; dieß lag nicht in der Absicht des Gesetzgebers, vielmehr wollte die außerordentliche Ersitzung mehr der Klagenverjährung nachgebildet, und nur die Wirkung der letzteren verstärkt, hinsichtlich des guten Glaubens aber nichts von ihr abweichendes angeordnet werden.

Seuffert, Archiv XI Nr. 17a.

Dagegen spricht sich über den Fall, wo ein gesetzliches Veräußerungsverbot vorlag, ein Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 21. August 1861 dahin aus:

Gemeinrechtlich wird durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot zwar die ordentliche Ersitzung, welche ein zur Eigenthumsübertragung geeignetes Geschäft voraussetzt, keineswegs aber die außerordentliche Ersitzung ausgeschlossen, bei welcher der 30 bez. 40 Jahre in der thatsächlichen Meinung, Eigenthümer zu sein, fortgesetzte Besitz den Titel entbehrlich macht und ein der Meinung Eigenthümer zu sein, etwa zu Grunde liegender Rechtsirrthum nicht hinderlich ist.

Ebendas. XV. Nr. 3.

4. Die Frage über die Beweislast in Betreff der bona fides bei der außerordentlichen Ersitzung [1]) kam in folgendem Rechtsfalle zur Sprache:

Der Kläger hatte sich auf die 30jährige Ersitzung berufen, Beklagter den guten Glauben bestritten. Das Gericht erster Instanz legte dem Kläger den Beweis des guten Glaubens besonders während 30 Jahr

1) Vergl. Hymmen, Beyträge zur jurist. Literatur-Sammlung IV S. 91, 92: In praescriptione longissimi temporis wird zwar titulus nicht erfordert, und praescribens hat nicht nöthig, bonam fidem zu erweisen, die vielmehr ex lapsu temporis vermuthet wird. Allein sobald de sola conscientia rei et juris alieni konstirt, sobald fällt bona fides weg, welche in ignorantia rem esse alienam besteht. Es ist daher kein Beweis der Interpellation nöthig, welche ad malam fidem inducendam nicht erfordert wird.

Digitized by Google

auf. Das Berufungsgericht reformirte, befreite den Kläger von dem Beweise der bona fides und ließ dem Beklagten den der mala fides nach, weil für die Begründung der außerordentl. Ersitzung die Behauptung des 30jährigen Besitzes genüge, während die mala fides den Gegenstand einer dawider vorzubringenden Einrede im Sinne des heutigen Prozesses bilde. Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 20. Februar 1861.
Seuffert, Archiv XVI Nr. 9.

5. Da die dreißigjährige Ersitzung jedes weitern Fundamentes als des langjährigen Besitzes entbehrt, so fehlt hier in Beziehung auf den Rechtscharakter des Besitzes das Erkennungszeichen, welches bei der zehnjährigen Verjährung der Erwerbstitel bietet. Um so mehr ist es daher nothwendig, daß in den Besitzhandlungen selbst der animus des Besitzers sich kundgebe.

Dieser Gesichtspunkt liegt folgendem Erkenntnisse des Ob.-Hof-Ger. zu Mannheim vom 24. Oktober 1844 zum Grunde:

Wer über ein Gut geht oder fährt, übt damit nicht das, alle Rechte am Gute umfassende, Eigenthumsrecht, sondern nur ein Dienstbarkeitsrecht aus; er kann daher dadurch das Eigenthum an der begangenen oder befahrenen Strecke nicht ersitzen, sondern es finden die Grundsätze von der Verjährung der Dienstbarkeit Anwendung. — Nur wenn derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, einen ordentlichen Weg hergestellt und unterhalten hätte, so daß das Fahren und Gehen dann die ausschließliche Benutzung des Bodens ausmachte, und daß eben durch die Unterhaltung eines künstlichen Weges die Absicht an den Tag gelegt gewesen wäre, die dazu verwendete Bodenfläche ausschließlich als Weg zu benutzen, hätte zu diesem Wege das Eigenthum des Bodens selbst ersessen werden können, und es kämen also hier die Grundsätze von der Eigenthumsersitzung zur Anwendung.
Seuffert, Archiv XI Nr. 117.

Arndts, Lehrb. der Pandekten § 164: Auch bei der außerordentlichen Ersitzung hat den guten Glauben nicht der Besitzer zu beweisen, aber er braucht auch nicht einmal durch Nachweisung eines rechtmäßigen Erwerbgrundes denselben zu begründen.

Das Gegentheil behauptet mit Andern wieder Hermann in Linde's Zeitschr. N. F. IV S. 374 f. gegen die von jeher mit Recht herrschende Meinung.

Digitized by Google

Literatur.

1.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels-Rechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten herausgegeben von F. B. Busch, Großherzoglich Sächsischen und Fürstlich Schwarzburgischen Appellationsgerichtsvizepräsidenten a. D. Erster Band. Mit einem Register über den ersten Band. Leipzig, Arnoldische Buchhandlung, 1863.

Zwar sind die Autoritäten von Raule und von Gerber nach dem Erscheinen des ersten Hefts von der Mitherausgabe zurückgetreten, die Bürgschaft aber für die Gediegenheit und den Bestand der Zeitschrift, welche in dem Namen des Unternehmers und jetzigen alleinigen Herausgebers liegt, hat sich vollständig bewährt. Als Hauptzweck der Zeitschrift ist die Eröffnung eines dem deutschen Handelsgesetzbuche besonders gewidmeten Sprechsaals bezeichnet, „in welchem nicht nur Ansichten über die Auslegung der zweifelhaften Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, sondern auch praktische Belege, das heißt, Entscheidungen der Handelsgerichte, die auf dem Grunde des neuen Gesetzbuchs ergangen sind, mitgetheilt bezüglich besprochen werden und dadurch zur öffentlichen Kenntniß gelangen." Diesem Zwecke gemäß, ist der Inhalt des ersten Jahrgangs ein außerordentlich reichhaltiger. Er besteht — abgesehen von einer literarischen Umschau — in Aufsätzen, welche die Entstehung und den Umfang der Anwendbarkeit, sowie einzelne Materien und Vorschriften des Handelsgesetzbuchs zum Gegenstande haben, und in gerichtlichen Entscheidungen und ministeriellen Verordnungen und Interpretationen, das neue Handelsrecht betreffend. Die Auswahl zeugt von großer Sorgfalt, die Fülle und Tüchtigkeit der Beiträge von der Würdigung des Unternehmens, welche demselben qualifizirte Mitarbeiter in bedeutender Zahl zugeführt hat, und die Verbreitung der Zeitschrift von dem Beifall, welchen sich dieselbe bereits erworben. — Das günstige Urtheil über den Werth der Beiträge im Allgemeinen, welches namentlich vom praktischen Standpunkte aus berechtigt erscheint, selbstverständlich aber eine erheblich verschiedene Schätzung der einzelnen Leistungen nicht ausschließt, umfaßt die eigenen Produktionen des Herausgebers mit. Möchte sich dieser daher entschließen, in gleicher Weise, wie von ihm einzelne Titel des ersten Buchs des Handelsgesetzbuchs kommentirt sind, den ganzen Inhalt der ersten vier Bücher zu bearbeiten und so einen fortlaufenden Kommentar dem Archive einzuverleiben. Vielseitiger Dank würde ihm gewiß sein!

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

Digitized by Google

2.

Die Haftpflicht der Deutschen Postanstalten, dargestellt von **Christian Moritz Adolph Gad**, Doctor der Rechte und Kreisrichter. Berlin, Verlag von E. H. Schroeder. Hermann Kaiser. Unter den Linden 41. 1863.

Gemäß Artikel 1. des Handelsgesetzbuchs in Verbindung mit Artikel 2. des Einführungsgesetzes zu demselben finden die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs in dessen Geltungsbezirke auf die Verträge mit Postverwaltungen in sofern Anwendung, als dieselben den Charakter von Handelsgeschäften an sich tragen. Hierbei kommt in Frage: ob der Geschäftsbetrieb der Postanstalten als gewerbmäßiger anzusehen ist, und ob daher die Bestimmungen der Artikel 4. 271. Nr. 3. 273. u. 274. Anwendung finden? Diese Frage ist noch nicht als endgiltig entschieden zu betrachten.

In Bezug auf das Frachtgeschäft, also denjenigen Geschäftszweig, der im Verkehr mit den Postanstalten für das Publikum von der größten Bedeutung ist, wird jedoch die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuchs — außer den Fällen des Artkl. 277. — im Artkl. 421 ausdrücklich anerkannt, allein mit der Maaßgabe, daß die allgemeinen Vorschriften für die Postanstalten nur insofern gelten sollen, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen ein Anderes bestimmt sei. Es derogirt diese Bestimmung der im Artkl. 1. daselbst und Artkl. 60 Nr. 3 des Einführungsgesetzes aufgestellten Regel. Neben den Post-Gesetzen und Verordnungen der einzelnen deutschen Staaten gelten die Bestimmungen des Vereinsvertrags vom 18. August 1860 und des zugehörigen Reglements — deren Inbegriff von unserem Autor als „gemeines deutsches Postrecht" bezeichnet wird — für den Vereins-Verkehr. Erwägt man nun, daß die Staaten, zwischen denen der obgedachte Vertrag zu Stande gekommen, und diejenigen, in welchen (bis jetzt) das Handelsgesetzbuch zur Einführung gelangt ist, nicht durchweg identisch sind, so erscheint eine übersichtliche Zusammenstellung der in den Post-Vereins-Staaten über postalische Rechtsverhältnisse geltenden Vorschriften als eine eben so wichtige wie schwierige Aufgabe. Den interessantesten Theil derselben, betreffend die privatrechtliche Haftpflicht der Postanstalten im Vereinsgebiete, hat sich unser Autor als Thema erwählt. In systematischer Darstellung und mit stäter Hinweisung auf die Quellen behandelt er die Gegenstände und den Inhalt dieser Haftpflicht überhaupt, ferner die Haftpflicht bei Fahrpostsendungen, bei recommandirten Briefen, sowie bei Beförderung von Personen und Passagiergut, endlich die Geltendmachung der bezüglichen Ansprüche in Ansehung des Gerichtsstandes und der Sachlegitimazion. Die Ausarbeitung ist übrigens keine bloße Kompilazion, sondern es sind darin bei Auslegung der legislatorischen Bestimmungen die wichtigsten Rechtsfragen der Erörterung und Entscheidung unterworfen. Sehr gründlich namentlich wird die Streitfrage: ob dem Adressaten ein directes Klagerecht gegen den Post-Fiskus wegen Ersatzes des durch Verlust oder Beschädigung von Poststücken oder durch Transport-Verzögerung erlittenen Schadens zustehe? behandelt.

Hiernach kann das Werk sowohl den Postbehörden als den Justizbeamten bestens empfohlen werden. M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

Digitized by Google

3.

Die Neueren Rechtsschulen der Deutschen Juristen. Von Dr. **Bluntschli.** Zweite mit Reformvorschlägen erweiterte Auflage. Zürich, Chr. Vegel's Verlag. (A. Louis.) 1862.

Die erste Auflage dieser kleinen aber gehaltvollen Schrift des bewährten Rechtlehrers und juristischen Schriftstellers erschien im Jahre 1839. Die von dem Verfasser ausgesprochene Intenzion war darauf gerichtet, die verschiedenen Rechtsschulen zu charakterisiren und dabei zu den nöthigen inneren Reformen der Rechtswissenschaft anzutreiben. Inzwischen hat sich der Verfasser zur Herausgabe einer zweiten Auflage veranlaßt gefunden, welche von ihm dem deutschen Juristentage gewidmet und mit theils ergänzenden, theils berichtigenden Anmerkungen versehen, sowie durch Beifügung von Vorschlägen zur Reformirung des akademischen Unterrichts über die Gränze der ersten Auflage hinaus erweitert worden ist. — In Darstellung der, durch die s. g. Rechtsschulen der Neuzeit vertretenen, Richtungen in der Rechtswissenschaft nimmt der Verfasser seinen Ausgangspunkt von der, im Jahre 1814 erschienenen, Abhhandlung Thibaut's „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" und vertheidigt ihr gegenüber Savigny's Gegenschrift „Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft." Die gewichtige Frage: ob die gegenwärtige Zeit zur Gesetzgebung berufen sei? wird zwar nicht ausdrücklich bejaht; eine günstige Antwort von Seiten des Verfassers ist jedoch aus der Bemerkung in einer Note herzuleiten: daß Savigny noch in seinen letzten Lebensjahren die tröstliche Erfahrung gemacht, daß — zunächst auf dem Gebiete des Wechsel- und Handelsrechts — die deutsche Nazion ihren Beruf bewährt habe, diese Verhältnisse in gemeinsamen Gesetzbüchern mit klarem Bewußtsein und festem Willen zu ordnen. — Von besonderem Interesse ist die Ausführung über die prinzipiellen Unterschiede zwischen dem römischen und deutschen Rechte und die Vorzüge der historischen Behandlungsweise der Rechtswissenschaft, als Grundlage der Legislatur. Die Existenz einer eigentlichen historischen Schule ist mit dem Verfasser im Gebiete des Privatrechts jetzt nicht mehr anzuerkennen, weil es an einer gegensätzlichen Rechtsschule fehlt. Der Kampf hingegen zwischen römischer und deutscher Richtung dauert in der Wissenschaft noch fort. Von dem Verfasser wird die letztgedachte Richtung mit Vorliebe in Schutz genommen, dabei aber nicht verkannt, „daß das im Werden begriffene gemeine deutsche Recht nur dadurch, daß es sich an das römische Recht anlehnt und sich daran festhält, zu einem wahren gemeinen Rechte erstarken kann." Wohlbegründet ferner ist die Ansicht: bezüglich des Staatsrechts seien die Leistungen der Wissenschaft hinter den Erfolgen im Bereiche des Privatrechts zurückgeblieben, die geschichtliche Auffassung stehe noch der theoretischen Konstrukzion des Staats gegenüber, und insofern lasse sich noch von einer historischen Schule im Gegensatze zu der nichthistorischen sprechen. Nur ersterer vindizirt der Verfasser das richtige Verständniß der Aufgabe der Staatsrechtswissenschaft, in deren Lösung er eine Schutzwehr gegen Despotismus und Anarchie erblickt. — Einen anderen Gegensatz zu der historischen Schule bildete die philosophische Schule. Es ist durch Gans dieser Gegensatz scharf ausgeprägt worden, hat jedoch seine Keime im Alterthume. Jetzt aber

Digitized by Google

erscheinen die Grenzen verwischt, indem man anerkennt, daß der scharfen Abgrenzung jede Berechtigung fehlt. In der Kultur der Rechtswissenschaft mag die historische vor der philosophischen Richtung oder umgekehrt, nach Verschiedenheit der Anschauung, ein Uebergewicht gewinnen, und es gebürt der einen Richtung in der Rechtsgeschichte, der anderen im Naturrechte eine hervorragende Stelle — ganz richtig aber sagt unser Autor: „es darf der Philosoph nicht den Historiker, noch dieser jenen verachten; eben darum darf es auch in der Rechtswissenschaft nicht eine philosophische Schule geben, welche das Dasein der historischen Richtung in den Wissenschaften verneint, noch eine historische Schule, welche die Philosophie bestreitet." Mit Bezug auf das theologische Element, welches man mit dem philosophischen Kerne verwachsen vorfindet, bemerkt er in einer Note zu dem, im Texte an Göschel und Stahl, als Koryphäen der Rechtsphilosophie, gespendeten Lobe: „Ich kann diese allzu günstige Erwähnung Göschels und Stahl's nicht ohne beschränkenden Vorbehalt wieder abdrucken lassen. Bei Göschel finden wir unvermittelt und unversöhnt zwei total verschiedene Rechtsanschauungen neben einander, eine theologisch-lutherisch-orthodoxe und eine hegelisch-spekulative. Die erste verdunkelt und entwürdigt, die zweite verwirrt und verflüchtigt das Recht. Viel bedeutender ist Stahl; aber auch auf seine Auffassung hat die Theologie ungünstig eingewirkt, und es geht ein jüdischer Zug der Theokratie wie ein rother Faden durch das ganze System hindurch, der dasselbe für die europäisch-arische Welt unsers Zeitalters zum Theil unbrauchbar macht." —

Uebergehend zu einer Beleuchtung des akademischen Unterrichts, hebt der Verfasser, als dessen Hauptmängel, die Passivität bei dem Empfange des Unterrichts auf Seiten der Studirenden und das Fehlen praktischer Vorbildung derselben hervor. Den beigefügten Reform-Vorschlägen ist eine beredte Darlegung des Entwickelungsganges, welchen die Staats- und Rechtsordnung seit den Vierzigerjahren genommen hat, vorausgeschickt. Hierbei wird der Sonderbundkrieg als Vorspiel der Revoluzion in Italien, Frankreich und Deutschland bezeichnet, die Gegenwirkung der nachgefolgten reakzionären und ultramontanen Bestrebungen, als eine nicht vollständige, geschildert, und der Einfluß der Zeitverhältnisse auf die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft erörtert. So hoch aber — meint der Verfasser — auch die durch diesen Einfluß hervorgerufenen Leistungen zu schätzen sein möchten, bleibe dennoch unleugbar, daß die Reform der deutschen Rechtswissenschaft und insbesondere die Einrichtung der Universitäts-Studien keineswegs mit der Reform des Rechts selbst und des Staates Schritt gehalten habe. — Von den hiernächst motivirten Reform-Vorschlägen erscheint der Antrag auf durchgreifende Scheidung der Justiz von der Verwaltung mindestens bedenklich. Eine strenge, diesem Antrage gemäße, Abgrenzung der beiden Fächer wird vom Verfasser selbst nicht proponirt; solche dürfte auch bei der Verwandtschaft dieser Disziplinen um so weniger rathsam sein, als der Studirende, wenn er in der Wahl schwankt, erst durch nähere Bekanntschaft mit ihnen dazu befähigt wird, eine Prüfung anzustellen und darnach seine Wahl zu treffen. Auch wird dem Fleißigen das Hinausgehen über das Maaß der vorgeschriebenen Kollegien gewiß keinen Schaden und dem Nichtfleißigen eine Beschränkung auf dieses Maaß keinen Vortheil bringen. Bei den Staatsprüfungen werden in Preußen keine Anforderungen gemacht, welche die Studirenden

Digitized by Google

nöthigten, sich für beide obgedachte Fächer derartig vorzubereiten, daß dadurch die Gründlichkeit des Studiums leiden könnte. — Durchaus gerechtfertigt erscheint dagegen der Wunsch, daß den neueren Gesetzbüchern und der Verbindung der Theorie mit der Praxis größere Rücksicht gewidmet werden möge. — Durch die Schlußbemerkung des Verfassers, daß zur Lösung der nazionalen Aufgabe der Ausbildung eines gemeinsamen deutschen Rechts die Errichtung eines gemeinsamen obersten Gerichtshofes und die Besetzung von Richterstellen mit Theoretikern nothwendig sei, wird die Frage provozirt: ob es sich nicht andererseits in Erfüllung des oben erwähnten Wunsches empfehlen möchte, auch qualifizirten Praktikern Lehrstühle anzuvertrauen? —

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

Druck der Grote'schen Buchdruckerei (Griebsch & Müller) in Hamm.

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 3.

Ueber die Zuläßigkeit präparatorischer Erkenntnisse nach preußischem Recht.

Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig.

Aufgabe des Richteramts ist, wie als anerkannte Wahrheit vorausgesetzt werden darf, das streitige Rechtsverhältniß wirksam festzustellen. Hieraus folgt aber nicht — was auch diejenigen zugeben, welche jene Aufgabe am Weitesten ausgedehnt wissen wollen (Savigny System B. 6 S. 360) —, daß er sich über alle in dem Rechtsstreit zur Sprache gekommenen Elemente wirklich entscheiden muß. Die Bestimmung des Urtels ist eine wesentlich praktische. Es hat kein Gutachten über angeregte Zweifel, keine wissenschaftliche Abhandlung zu liefern, sondern einfach den vorausgesetzten streitigen Zustand in einen unstreitigen zu verwandeln, so bald und so leicht, als dies möglich ist. Auch ein einziger Grund genügt daher zur Lösung seiner Aufgabe, und es ist keineswegs eine begründete Anforderung, daß dem Rechtsspruche eine das ganze Angriffs- und Vertheidigungssystem der Parteien umfassende Prüfung zum Grunde liege. Diese Auffassung hat nicht nur eine gesetzliche Anerkennung in dem bekannten, aus einem Min.-Rescript vom 6. November 1797 (Rabe 4 S. 348) hervorgegangenen Anh. § 123 zu § 63 I, 14 A. G. O. erlangt, sondern ist auch in ihren Consequenzen in der Rechtsprechung des Ober-Tribunals (Plenar-Beschl. vom 23. Januar 1843 — Entsch. B. 9 S. 128 —; und vom 19. September 1845 — B. 11 S. 118 —) gebilligt und hat seitdem in diesen „Beiträgen" wiederholt Vertreter gefunden (Förster in B. 2 S. 365, Baur in B. 4 S. 198). Aber, wie schon diese Aussprüche Zweifel im Auge haben, welche nicht selten und nicht ohne Ansehen hervorgetreten sind, so ist es auch heutzutage in der Praxis eine ganz gewöhnliche Erscheinung, daß an die richterlichen Urtheile Ansprüche erhoben werden,

Digitized by Google

welche mit jener oben angedeuteten Aufgabe des richterlichen Amts nicht in Einklang zu bringen sind. Die Veranlassung zu solchen Ansprüchen liegt in dem Instanzenzuge. Die Möglichkeit einer mehrmaligen Prüfung desselben Rechtsstreits durch ein zweites und drittes Gericht (§ 56, 62. 63 Einl. zur A. G. O.) bringt es mit sich, daß dem höheren Richter ein Element des Vorder-Urtels unerheblich oder verwerflich, und ein anderes in dem Proceßmaterial vorfindliches Moment erheblich erscheint. Alsdann pflegt, sei es von den Parteien angeregt, sei es von dem erkennenden Richter suppeditirt, das Bedenken zu entstehen, ob die Parteien nicht eine Instanz verlieren würden, wenn ein neuer Ausspruch unter Zugrundelegung jenes für erheblich erachteten Moments erginge, ohne daß sich hierüber der Vorderrichter speciell ausgesprochen hätte; und häufig genug kommt es in solchen Fällen zu einer interlocutorischen Entscheidung, welche, nur den im Vorderurtel ausdrücklich erörterten Punct treffend, die Verhandlung und Entscheidung des Streitfalls im Uebrigen in die frühere Instanz zurückweist. Wir verkennen nicht, daß diese Praxis in gewissen Grenzen auch im heutigen Recht nicht der gesetzlichen Stützpuncte entbehrt. Sie gründet sich gerade auf solche Proceßvorschriften, welche jener oben vertretenen Begrenzung der richterlichen Aufgabe ihre Entstehung verdanken. Gerade, weil der Proceßrichter sich nicht mit überflüssigen Erörterungen aufhalten soll, gestattet es die A. G. O., wenn der Klage eine exceptio litis finitae entgegengesetzt, die „ohne sonderliche Weitläufigkeiten und Kosten" erörtert werden kann, während die Instruction der Hauptsache weit aussehend ist, mit Beiseitesetzung der letzteren die Exception völlig zu instruiren und abzuurteln. Wird diese alsdann erheblich und bewiesen gefunden, so hat der Richter seine Aufgabe erschöpft, indem er den Kläger abweist; bei entgegengesetztem Resultate aber ist es dann noch erforderlich, auf die Hauptsache einzugehen; es kann jedoch über die Hauptsache niemals eher erkannt werden, als bis der Streit über die Exception rechtskräftig entschieden ist. So ist dann, wenigstens in dem Falle, wo der Appellationsrichter einen vom ersten Richter für erheblich erachteten Einwand verwirft, eine Rückweisung in die erste Instanz zur Entscheidung der Hauptsache geboten.

§ 62 bis 78b I, 10 A. G. O.

Dasselbe Verfahren sollte bei den Einwendungen beobachtet werden, „welche dahin abzielen, daß Beklagter nicht schuldig sei, sich mit dem Kläger einzulassen" (exc. litis ingressum impedientes),

§ 79, 80 a. a. O.

und insonderheit auch bei dem Einwande fehlender Sach-Legitimation

Digitized by Google

und anderen Präjudicial-Puncten (Präjudicialfragen) gestattet sein. § 81 a. b. daf.; § 29, 30 I, 5; § 43 I, 13.

Es kann Keinem entgehen, daß diese Vorschriften das formlose Instructionsverfahren der Allg. G. O. voraussetzen, welches es in erhöhtem Maße wünschenswerth machte, auch die „Aufnehmung" der vorkommenden Thatsachen (s. § 8 Einl.) auf die erheblichen, die Entscheidung des ganzen Rechtsstreits bedingenden Puncte beschränken zu dürfen. Heutzutage erfolgt jedoch in Folge der geltenden Verhandlungs- und Eventual-Maxime die Aufnahme aller von den Parteien für erheblich zur Entscheidung des Streits erachteter Thatsachen gleichzeitig. Nur bei den 6 privilegirten dilatorischen Einreden (exc. litis ingressum imp. im Sinne der A. G. O.) ist es ausnahmsweise gestattet, die Klagebeantwortung auf diese Einreden zu beschränken und darauf anzutragen, daß zunächst darüber verhandelt und erkannt werde.

§ 5, 6 der Verordn. vom 21. Juli 1846.

Es fehlt nicht an Juristen, welche eben deshalb jene exceptionelle Befugniß des unstreitig in der Regel zur vollständigen Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richters (s. § 43, 113 A. G. O.) in allen anderen Fällen für beseitigt ansehen; wir können in dieser Beziehung die Auctorität des verstorbenen Präs. Dr. Wentzel anführen. Allein es ist nur ein Theil der Veranlassung zur Ausübung jener Befugniß weggefallen. Die Partei-Anführungen liegen jetzt, die privilegirten Einreden ausgenommen, stets vollständig vor. Der erkennende Richter ist daher, wenn er die ursprünglich für erheblich gehaltene Präjudicialeinrede nicht erheblich oder nicht bewiesen findet, nicht gehalten, dieselbe zu verwerfen; sondern er wird nunmehr in die Prüfung der Hauptsache eintreten und erforderlichen Falls darüber Beweis erheben. Aber dies gilt doch nur für die erste Instanz. Noch immer bleibt der proceßpolitische Grund stehen, daß es wünschenswerth ist, den Umfang der richterlichen Aufgabe nicht ohne Grund auszudehnen; so lange es also möglich ist, daß ein Präjudicialpunct zur endlichen Entscheidung der Sache ausreicht, indem der letzte Richter ihn hierzu angethan findet, in eine umfangreiche Erörterung der Hauptsache nicht einzutreten. Auch die Beweisaufnahme gehört zur Instruction des Processes (§ 8, 31, 32 Einl. z. A. G. O.). Der höhere Richter befindet sich daher auch heutzutage, wenn der Kläger in erster Instanz ohne Prüfung der Hauptsache auf Grund einer bewiesenen Präjudicialeinrede abgewiesen ist, in der in § 70 I, 10 A. G. O. vorausgesetzten Lage; er darf die Exception verwerfen und die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache in die frühere Instanz zurückweisen.

Digitized by Google

Dem entsprechend werden auch in der bisher einzigen wissenschaftlichen Darstellung des preußischen Civilprozesses (C. F. Koch 2. Ausg. 1855 S. 372 ff.) jene Vorschriften der Allg. Ger.-Ord. als geltendes Recht vorgetragen.

Es läßt sich mithin nicht läugnen, daß, namentlich in den höheren Instanzen, der Richter Aussprüche zu thun in der Lage ist, welche den Rechtsstreit nicht erledigen, sondern nur gewisse Elemente des künftigen Urtels in einer, unstreitig mindestens für den vorliegenden Proceß rechtskräftig bindenden Weise festzustellen bestimmt sind. Etwas Aehnliches tritt nach der neueren Gesetzgebung in dem Falle ein, wenn der Nichtigkeits- oder Revisionsrichter eine neue Ausmittelung nöthig findet; es soll alsdann nur die Vernichtung (Aufhebung) des Vorderurtels erkannt und die Sache zu dieser Ermittelung und zur nochmaligen Entscheidung in die Instanz zurückgewiesen werden.

(§ 17 der Verordnung vom 14. December 1833; Art. 11 der Deklar. vom 6. April 1839, § 3 des Ges. vom 30. März 1854).

Auch in der Vorschrift der Allg. G. O., daß, wenn auch über den bestrittenen Betrag der Forderung die Sache mit instruirt worden, selbst im Falle der Abweisung eventuell über den Betrag zu erkennen sei (§ 40 I, 13), liegt eine Abweichung von der Regel, daß nur das letzte praktische Resultat, die Abweisung des Klägers oder die Verurtheilung des Verklagten, ausgesprochen und bloße Entscheidungsgründe in die wirkliche Entscheidung nicht eingemischt werden sollen (§ 38 ib.). Diese Vorschrift wird indessen nicht dahin ausgelegt, daß der erkennende Richter, auch im Falle er den Klagegrund hinfällig findet, die Beweisaufnahme über den Betrag zu veranlassen gehalten sei, und ist, da sie nur für die erste Instanz gilt, mithin nach unserer Erfahrung wenig praktisch, wenngleich hier und da Rückweisungen in die Instanz auf Grund derselben vorkommen.

Wir haben vorstehend das gesetzliche Gebiet derartiger interlocutorischer Sentenzen bezeichnet, welche den Rechtsstreit nicht entscheiden, sondern die Entscheidung nur vorbereiten. So lange sich die Praxis innerhalb jener Grenzen bewegt, wird man ihr vielleicht zuweilen einen unangemessenen, zu weit gehenden Gebrauch der gedachten exceptionellen Befugniß vorwerfen dürfen; allein man wird, da dieser Gebrauch wesentlich in das Ermessen des Richters gestellt ist (§ 62, 81 b I, 10 A. G. O.; Savigny S. 379 a. a. O.), nicht behaupten dürfen, daß der erkennende Richter das (Proceß-) Gesetz überschritten habe. Die Praxis ist jedoch reich an Fällen, in denen dies nach unserer Meinung wirklich

Digitized by Google

der Fall ist. Es liegen uns deren augenblicklich drei vor, welche kurz Erwähnung finden mögen:

I. Ein Kirchencollegium hatte gegen den Fiscus auf Herausgabe eines Stückes Gartenland geklagt und in erster Instanz obgesiegt. Der Appellationsrichter hob auf die Appellation des Beklagten das Urtel erster Instanz auf und wies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurück, weil er die auf Auslegung der Klageschrift gegründete Feststellung des Streitgegenstandes verwarf und durch abweichende Auslegung einen andern Streitgegenstand gefunden zu haben vermeinte.

II. Eine Klage auf Vergütung für Wohnung und andere persönliche Leistungen war vom ersten Richter zurückgewiesen, weil unter den vorliegenden Umständen die Absicht, ein Rechtsgeschäft einzugehen, nicht anzunehmen sei. Der Appellationsrichter änderte dahin ab, daß unter Verwerfung dieses Entscheidungsgrundes die Entscheidung in der Sache selbst, so wie über die Kosten in die erste Instanz zu verweisen.

III. Ein Gutsverwalter klagte auf unbedungene Belohnung für seine Leistungen gegen den Gutsherrn. Der erste Richter wandte auf diese Frage die §§ 74 ff. I. 13. A. L. R. an und wies aus diesem Rechtsgrunde den Kläger ab. Der Appellationsrichter hob jedoch sein Erkenntniß auf, verwarf den „Einwand, daß unter den Parteien ein Mandatsverhältniß obwalte, bei welchem eine unbedungene Belohnung vom Kläger nicht gefordert werden könne" und wies die Sache „zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache, so wie wegen des Kostenpuncts" in die erste Instanz zurück.

In allen drei Fällen hat der erste Richter, das Stadt- und Kreis-Gericht zu Danzig, nachdem gegen jene Entscheidungen Rechtsmittel von keiner Seite eingelegt worden, bei der anderweiten Entscheidung der Sache sich durch dieselben in der freien Beurtheilung nicht gebunden erachtet und keine Veranlassung gefunden, von seiner früheren Rechtsansicht abzugehen. In dem ersten Falle hat darauf bei wiederholter Appellation der zweite Richter, unter Aufhebung des Urtels erster Instanz, auf Verwerfung des Entscheidungsgrundes, daß Kläger das vom ersten Richter bezeichnete Stück Gartenland und nicht die von ihm, dem Appellationsrichter, bezeichnete Fläche in Anspruch genommen und durch den geführten Beweis seinen Anspruch nicht erwiesen habe, und auf Rückweisung in die erste Instanz, um anderweit über die letztere Fläche zu erkennen, erkannt. Dem hat sich der erste Richter gefügt, jedoch erst nach vollständiger neuer Instruction der Sache von der Klagebeantwortung an. — In dem zweiten Falle dagegen hat der Appellations-

Digitized by Google

richter zwar das Verfahren des ersten Richters gemißbilligt, aber doch anderweit in der Sache selbst auf Verurtheilung nach dem Klageantrage erkannt. — In dem dritten Falle endlich ist soeben die Appellationsanmeldung des Klägers eingegangen.

Andere Fälle, in denen dasselbe Appellationsgericht ähnlich verfahren, z. B. unter der Ausführung, daß ein Tausch obwalte, den Entscheidungsgrund des ersten Richters, daß ein Kauf vorliege, verworfen und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen hat, liegen gegenwärtig dem Obertribunal zur Entscheidung vor.

Bedenken gegen die Richtigkeit der mitgetheilten Appellationssentenzen erregt schon der Umstand, daß darin meistens von einer „Aufhebung" des Vorder-Urtels die Rede ist, während die Proceßgesetze diesen Ausdruck nur bei den oben erwähnten präparatorischen Revisionssentenzen gebrauchen, und von dem Falle, in dem auch die A. G. O. (§ 11 I, 16) — wegen vorgekommener unheilbarer Nullität — dem Appellationsrichter gestattet, auf die Nichtigkeit des vorigen Urtels zu erkennen, hier nicht Rede sein kann.

Die Appellation ist kein rescindirendes Rechtsmittel, sondern ihr Zweck ist, die Sache zu einer abermaligen gründlichen Prüfung zu bringen, damit das Schicksal eines Processes nicht von dem Ausspruche eines Gerichts abhänge (§ 56, 63, 67 Einleitung zur A. G. O.). Der Appellationsrichter tritt daher gewissermaßen an die Stelle des ersten Richters und hat dessen Ausspruch, allenfalls nach vorgängiger Vervollständigung der Instruction, zu bestätigen oder abzuändern (§ 49 63, 64 ff. I, 14; § 6, 7, 9 I, 23 A. G. O.). Die Vorschrift, daß durch das Urtel in der Regel der ganze Proceß nach allen seinen Gegenständen definitive entschieden werden muß, gilt für sein Urtel eben so sehr, als für das des ersten Richters (§ 43 I, 13; § 67 I, 14 A. G. O.). Nimmt er die Befugniß in Anspruch, seine Beurtheilung auf einen „Entscheidungsgrund" zu beschränken und die Sache demzufolge an den Vorderrichter zurückzuweisen, so kann sich dieselbe nur auf die oben mitgetheilten exceptionellen Vorschriften gründen. In der That findet sich in dieser Beziehung in den gedachten Appellationserkenntnissen lediglich die allgemeine Bemerkung, daß die Parteien, wenn der Appellationsrichter weiter auf die Sache selbst einginge, eine Instanz verlieren würden. Nur in dem ersten Falle werden zur Motivirung noch § 19 I, 14 A. G. O., welcher von der mutatio fundamenti in zweiter Instanz handelt, nnd § 5 Nr. 10d der Verordnung vom 14. Dezember 1833 herangezogen, welcher dem Richter, wenn nicht über alle Anträge der Parteien erkannt ist, die Lieferung eines Ergänzungs-

Digitized by Google

urtels zur Pflicht macht — eine Voraussetzung, welche deshalb hier nicht als zutreffend erachtet werden kann, weil der erste Richter keine Omission begangen, sondern nur in der juristischen (hermeneutischen) Auffassung der Bedeutung des Klageantrags von der Ansicht des Appellationsrichters abwich. Daß nun in allen mitgetheilten Fällen weder von einer exc. litis finitae, noch von einer exc. litis ingressum impediens die Rede sein kann, bedarf keiner Ausführung. In dem dritten mitgetheilten Falle gebraucht der zweite Richter zwar zur Bezeichnung des verworfenen Entscheidungsgrundes den Ausdruck „Einwand." Es kann indessen keinem Bedenken unterliegen, daß dieser Ausdruck mit dem Sprachgebrauche des Gesetzes und der Rechtslehre, wonach Einwand ein auf selbstständige Thatsachen oder Berechtigungen gestütztes Vorbringen des Beklagten zur Beseitigung oder Zerstörung des Klagefundaments bedeutet (§ 2, 3, 6, 9, 11, 16 I, 9; § 28 I, 13 A. G. O., Förster, Klage und Einrede S. 138 ff.; Koch, Proceß S. 270 f.) nicht zu vereinigen ist. Ob beim Verwaltungs-Vertrage (nach § 109 I, 14; 74 f. I, 13 A. L. R.) auch eine unbedungene Belohnung gefordert werden könne, das gehört ebenso, wie die Fragen, ob unter den Parteien ein Verwaltungsvertrag oder welcher Vertrag sonst geschlossen ist; ob ein Kauf- oder ein Tauschvertrag vorliegt, ob die bei beabsichtigter Heirath mit dem Alimentirten, gewährte Wohnung ꝛc. zu vergüten ist, ob endlich das Grundstück a oder das Grundstück b vindicirt ist, alles dies gehört zu der thatsächlichen und rechtlichen Beurtheilung des Klage-Grundes (und der negativen Litiscontestation des Beklagten). Die Vorschriften also, welche die Separat-Instruction und -Entscheidung von Einreden gestatten, können das Verfahren des Appellationsrichters in keiner Weise rechtfertigen. Es könnte sich nur fragen, ob die die übrige Beurtheilung der Sache allerdings bedingenden, dieser präjudicirenden Gründe, welche der Appellationsrichter einer Separatentscheidung unterworfen hat, etwa unter den Begriff von Präjudicialpuncten (Präjudicialfragen) zu bringen sind, bei welchen ein solches abweichendes Verfahren gleichfalls gestattet ist. Wenn es mißlich erscheinen möchte, auf die streitige Bedeutung der praejudicia im römischen Formular-Proceß, wo dieser Ausdruck zuerst vorkommt, zurückzugehen, so mag doch darauf hingewiesen werden, daß alle quellenmäßigen Beispiele andere, als die oben vorausgesetzten, nämlich solche Fälle betreffen, in denen das streitige Rechtsverhältniß aus mehreren Rechtsverhältnissen zusammengesetzt ist, und eins von diesen aus verschiedenen Gründen eine hervorragende, die anderen bedingende Stellung einnimmt (s. Puchta Instit. B. 2 § 171). Auch der gemeine Proceß, welcher den Präjudicialfragen die hemmende

Digitized by Google

Einwirkung auf den Lauf des Rechtsstreits nicht abspricht (s. Martin Proceß § 31), geht im Wesentlichen von derselben Auffassung aus (Bethmann-Hollweg Versuche S. 123 ff.). v. Savigny (Syst. B. 6 S. 398), indem er ausdrücklich denen, welche den Ausdruck in einem engeren Sinne nehmen, gegenübertritt, versteht unter Präjudicialfragen alle Fragen überhaupt, wodurch unabhängig von dem eigentlichen Klagegrund, eine endliche Entscheidung der ganzen Sache herbeigeführt werden kann, so daß dann eine Prüfung der Wahrheit oder Unwahrheit des Klagegrundes unnöthig wird. Dies stimmt in der That mit der Auffassung der A. G. O. überein. In § 81a I, 10 A. G. O. wird die exc. def. legit. ad causam ein „Präjudicialpunct" genannt, welchem das marginale zu § 81b andere Präjudicialpuncte (-Fragen) anreiht. Zunächst gehören dahin also die vorab behandelten Präjudicial-Einreden. Was aber unter den „anderen Präj.-Puncten" zu verstehen — und insoweit ist die Definition v. Savigny's näher zu bestimmen — ergeben die §§ 29 I, 5; § 81b I, 10; 36, 43 I, 13 A. G. O. § 29 cit. zunächst scheidet von der (auszusetzenden) Hauptsache Präjudicialfragen, welche die persönliche Qualität oder das Verhältniß einer Partei gegen die andere, wovon ihre Rechte und Obliegenheiten abhängig sind, betreffen, und die erst erörtert sein müssen, ehe die Entscheidung der Hauptsache erfolgen kann, z. B. das Erbenverhältniß bei Einklagung einer Nachlaßforderung. Aehnliche Beispiele von „Präjudicialfragen, von deren Entscheidung die Hauptsache abhängt," giebt § 43 I, 13, nämlich in Rechnungsprocessen die Pflicht, Rechnung zu legen, das Erbrecht bei der hereditatis petitio, das beneficium inventarii gegenüber der Frage, ob der Nachlaß ausreiche. § 81b I, 10 ferner setzt eine aus mehreren Puncten oder Forderungen bestehende Sache voraus und trennt von der Einleitung der speciellen Punkte den Präj.-Punct, von dessen Entscheidung das Stehen oder Fallen der einzelnen Puncte oder doch eine wesentliche Verschiedenheit in der ihrer Instruction zu gebenden Richtung abhängt," indem er auf § 43 cit. verweist. § 36 I, 13 endlich, welcher nach Savigny S. 399 den in Rede stehenden Ausdruck in der größten denkbaren Ausdehnung nimmt, will in dem Urtel zuvörderst „die bei der Sache sich findenden vorläufigen und Präj.-Fragen, wohin auch die Incidentpuncte gehören," abgemacht wissen. Uns scheint in diesem § nur die Erwähnung der Incidentsachen neu, welche selbstständige nebenher zur Entscheidung zu bringende Nebenanträge Dritter oder der Parteien bedeuten (I, 10 § 156; I, 14 § 3 Nr. 5; I, 40 § 53 ff.; Koch Proc. S. 50; Martin § 32.).

Im Uebrigen versteht die A. G. O. unter Präj.-Puncten nach diesen

Digitized by Google

Stellen offenbar ein von dem unmittelbar in judicium deducirten Recht (der Forderung, dem Eigenthum) verschiedenes, dieses bedingendes, und zwar gleichfalls concret gestaltetes, selbstständiges Rechtsverhältniß. Dies wird auch durch die bei speciellen Prozeßarten vorkommenden Beispiele bestätigt (§ 1, 2 I, 45; § 3—6, 20, 27 f. I, 46 A. G. O.). Nirgends ist es dem Richter gestattet, den eigentlichen Klagegrund, d. h. dasjenige Recht, als dessen unmittelbarer Ausfluß das petitum und das ergehende Urtel auftritt (s. A. G. O. I, 5 § 4 Nr. 4, § 17 Nr. 1, I, 10 § 5 a), in mehrere Stücke aufzulösen und sein Urtel auf eine einzelne rechtliche oder thatsächliche Qualificirung desselben, wenngleich dieselbe die Richtung der ferneren Instruction und die Entscheidung der Sache bedingt, zu beschränken.

Dergleichen Erwägungen gehören lediglich in das Gebiet der Entscheidungsgründe, als welche sie denn auch wenigstens in zweien der oben erwähnten Appellations-Urtel bezeichnet werden, und dürfen daher nach § 38 I, 13 A. G. O. in den Tenor nicht eingemischt werden. Thut dies der Appellationsrichter dennoch, indem er den Grund des Vorderrichters verwirft und es ablehnt, anderweite Entscheidungsgründe zu geben, weil die Parteien sonst eine Instanz verlieren würden, so ist dies mit dem Anh. § 123 als ein „Vorwand" zu charakterisiren, wodurch die Abfassung des Endurtels nicht aufgehalten werden soll. Es kommt eine praktische Schwierigkeit hinzu, welche das gesammte Verfahren illusorisch zu machen droht. Zwar ist der erste Richter, da die Aufhebung seines Urtels und Rückweisung der Sache an sich (in abstracto) innerhalb der Befugniß des Appellationsrichters liegt, nicht befugt, die anderweite Entscheidung der Sache abzulehnen. Er hat insoweit auch die im concreten Falle ungerechtfertigte höhere Entscheidung zu respectiren. Anders aber verhält es sich mit demjenigen Theile dieser Entscheidung, welcher die Verwerfung eines Grundes des ersten Richters ausspricht. Wir wollen hier nicht auf den alten Streit über die Rechtskraft der Gründe eingehen. Bezüglich der sogenannten subjectiven Gründe wird dieselbe selbst von Savigny, welcher, zum Theil gestützt auf die Vorschriften der Allg. G. O. von Präjudicialpuncten, auch für das preußische Recht eine Rechtskraft der sogenannten objectiven Gründe, d. h. der Bestandtheile des streitigen Rechtsverhältnisses, verficht (B. 6 S. 394 f.), nicht angenommen. Es mag dahin gestellt bleiben, in wie weit der dieser Unterscheidung gemachte Vorwurf der Willkürlichkeit und Unklarheit (in den Beitr. B. 4 S. 214) begründet ist. Keinenfalls hat die Lehre Savigny's Anklang in der preußischen Praxis gefunden und kann seit der gründlichen Widerlegung

Digitized by Google

in dem Pr. 2080 v. 16. October 1848 (Entsch. des Ob.-Trib. B. 17 S. 462) als beseitigt gelten. Nur insoweit die Proceßgesetze dem Richter die abgesonderte Verhandlung und Entscheidung von Präjudicial-Einreden und -Puncten gestatten, kommt es, wenigstens in gewissem Sinne (s. Baur in diesen Beitr. a. a. O. S. 216), noch zu einer Rechtskraft der Gründe, wobei immerhin erinnert werden mag, daß diese exceptionelle Wirksamkeit von einem subjectiven Ermessen des Richters abhängt. (Savigny a. a. O. S. 397). Wir haben oben gesehen, daß die von dem Appellationsrichter in verschiedenen Fällen beliebte Verwerfung eines Entscheidungsgrundes des ersten Richters nicht unter jene Zulassung fällt. Die exceptionelle Vorschrift, daß bei Rückweisung der Sache das untere Gericht sich nach den durch das rückweisende festgestellten Rechtgrundsätzen und Normen zu achten habe, gilt nur für die oben erwähnten präparatorischen Nichtigkeits- und Revisionssentenzen (Art. 11 Dekl. vom 6. April 1839; § 3 des Ges. vom 20. März 1854) und ist nicht analog auszudehnen. Der erste Richter ist daher trotz der Verwerfung seines Entscheidungsgrundes durch den Appellationsrichter nicht behindert, auf denselben zurückzukommen. Dadurch kommt die Sache in einen Cirkel und kann nur bei Inconsequenz des einen oder andern Theils erledigt werden. Die Parteien, welche für die interessante Seite von dergleichen juristischen Schach-Zügen keinen Sinn haben, mögen inzwischen sehr ungeduldig werden. Darum mag uns schließlich der Wunsch nicht verargt werden, daß die Vorstellung, als wenn es Sache des Richters sei, sich über jedes einzelne von den Parteien zur Sprache gebrachte rechtliche und thatsächliche Moment auszusprechen, eine Vorstellung, welche, wenngleich dunkel, im Hintergrunde jener Redensart von dem Verluste einer Instanz liegt, fortan gänzlich aus der Praxis der preußischen Gerichte verschwinden möge.

Nr. 4.

Einiges über Regreßverbindlichkeit der Beamten.

Von E. Scheele, Rechtsanwalt in Arnsberg.

„Es gibt verschiedene Methoden des Kaiserschnitts; der eine macht einen Längenschnitt, der andere einen Querschnitt, der dritte einen Schrägschnitt. Die hier operirenden Aerzte haben den Kreuzschnitt

Digitized by Google

gemacht. Wir können nicht behaupten, daß ein solcher Kreuzschnitt vom Stande des bisherigen historischen Rechts kunstgerecht genannt werden darf; aber wir können eben so wenig behaupten, daß die operative Geburtshülfe grade in diesem Artikel eine so unbedingt abgeschlossene Kunst sei, daß zu den drei Hauptmethoden des Kaiserschnitts nicht noch einstens eine vierte hinzukomme und vielleicht dasjenige als schulgerecht gelehrt werden wird, was jetzt als schulwidrig verdammt wird."

Diese Worte eines Gutachtens *) der wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen bezeichnen treffend den Standpunkt, den meiner Ansicht nach auch der Richter bei Beurtheilung der Frage, ob der Beamte sich bei der Anwendung von Gesetzen eines Versehens schuldig gemacht habe, zu nehmen hat.

Unsere Gesetze, insbesondere auch die, welche die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten vorschreiben, sind meistens nicht so redigirt, daß für Zweifel kein Raum sei. Wenn nun unter den Partheien darüber Streit entsteht, ob eine Urkunde gültig aufgenommen sei, ob ein Recht der Parthei gewahrt sei, so wird der Richter seinerseits festzustellen haben, was das Gesetz vorschreibt und je nach dieser Feststellung wird er den Streit entscheiden müssen. Wenn der Richter hierauf sich aber auch in Fällen beschränken will, wo es sich um die Regreßverbindlichkeit eines Beamten handelt, und in der Praxis geschieht dies meistens, so halte ich das für unrichtig. Ich kann nicht zugeben, daß der Beamte sich schon deshalb eines Versehens schuldig gemacht hat, weil er das Gesetz nicht so ausgelegt hat, wie es später in einem Prozesse der Richter auslegt. Nur der begeht ein Versehen, der aus Mangel der schuldigen Aufmerksamkeit wider die Gesetze handelt — A. L. R. I 3. § 17 — und der Beamte soll das Versehen vertreten, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei Verwaltung des Amts erfordert werden, hätte vermieden werden können A. L. R. II 10 § 89. — Wenn also gehörige Aufmerksamkeit und die zur Verwaltung des Amts erforderlichen Kenntnisse nicht nothwendig zu einer bestimmten Interpretation des Gesetzes hinführen, so kann der Beamte sich unmöglich schon deshalb eines Versehens schuldig machen, weil er das Gesetz in anderer Weise interpretirt, als später der Richter. Nun ist es aber bekannt, daß zwei Personen trotz der größten Aufmerksamkeit

*) Zur gerichtlichen Geburtshülfe. Eine Auswahl von Entscheidungen der Königlichen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen. Herausgegeben von J. H. Schmidt. S. 141 ff.

Digitized by Google

und der umfangreichsten Kenntnisse dasselbe Gesetz verschieden interpretiren.

Der Richter, welcher zu beurtheilen hat, ob der Beamte sich bei Anwendung des Gesetzes eines Versehens schuldig gemacht hat, wird also, wenn er findet, daß derselbe das Gesetz in einer seiner Meinung nach nicht richtigen Weise angewendet hat, ferner prüfen müssen, ob die Verschiedenheit der Anwendung ihren Grund hat in einem Mangel der zur Verwaltung des Amts erforderlichen Kenntnisse oder der gehörigen Aufmerksamkeit und wenn dies nicht der Fall ist, den Beamten eines Versehens nicht für schuldig erkennen können. Es ist ja doch möglich, daß erst die fortgeschrittene Wissenschaft ein besseres Verständniß des Gesetzes herbeigeführt oder daß grade die in Folge größerer Studien erlangten bessern Kenntnisse des Beamten ihn zu dieser Auslegung und Anwendung des Gesetzes geführt haben. Auch in der Praxis des Gemeinen Rechts ging man von solchen Anschauungen aus. Struben — Rechtliche Bedenken B. II S. 480 — welcher die Ansicht vertheidigt, daß eine Parthei sich an den übelerkennenden Richter erholen könne, ohne erst das gegen das Urtheil zuläßige Rechtsmittel anzuwenden, bemerkt, es geschehe dieses jedoch selten, weil bei der großen Ungewißheit der Rechte dem Urtheilsfasser nicht leicht Gründe fehlten, womit er sein Erkenntniß beschönigen könne, noch von den mehresten Unterrichtern, welche sich für keine großen Rechtsgelehrten ausgäben, zu fordern sei, daß sie die apices juris wissen sollten, daher mancher Fehler derselben zu übersehen.

Freilich wird die Parthei, in deren Interesse der Beamte thätig gewesen, bei solchen Ansichten zu Schaden kommen können; aber daran ist nicht der Beamte, sondern die Fehlerhaftigkeit des Gesetzes Schuld; warum soll der Beamte büßen, was er nicht verschuldet.

Ein practischer Fall soll das Gesagte noch näher veranschaulichen. *)

Am 11. August 1832 erschienen vor dem Justizamt B. und zwar vor dem zur Aufnahme des Actes abgeordneten Hofgerichtsreferendar H. der Ludwig S. und seine Mutter, die Wittwe S. Ersterer bekannte sich als Schuldner der V. auf die Summe von 110 Thlrn., erklärte dieselbe nach dreimonatlicher Kündigung zurückzahlen und mit 5 Prozent verzinsen zu wollen. Die Mutter erklärte für Kapital, Zinsen und Kosten als Bürgin einstehen zu wollen, mit den Folgen solcher Verbindlichkeit auch vollkommen bekannt zu sein.

*) Entscheidungen B. 14 S. 431.

Digitized by Google

Die Unterschrift der Mutter lautete:

„ † † † signa der Wittwe Ludwig S. quod att. Weber."

Da V. von S. die Forderung nicht bezahlt erhalten konnte, klagte er im Jahre 1843 gegen die Ehefrau D. als Erbin der Wittwe S. und ließ den vormaligen Hofgerichtsreferendar H adcitiren, da eingewendet wurde, daß die Verbürgungsurkunde ungültig sei, weil die Unterschrift der Bürgin nicht gehörig erfolgt sei, indem in der Verhandlung gar nicht gesagt, weder daß die Wittwe S. nicht schreiben könne, noch daß sie den Weber (wer dieses sei, constire nicht) als ihren Assistenten mitgebracht, noch daß derselbe ihr als Schreibzeuge beigeordnet sei.

Der Adcitat H. erschien im Instructionstermin nicht.

Das Landgericht Burbach wies darauf durch Urtheil vom 1. März 1844 den Kläger mit seiner Klage ab, indem es die vorgebrachte Einrede für begründet erachtete. Das Urtheil wurde rechtskräftig.

V. stellte nunmehr gegen H. die Regreßklage an; letzterer wendete unter andern ein, daß durch die der Wittwe S. geschehene Zuordnung des vereideten Protokollführers Weber als Beistand dem Gesetze genügt sei und der Umstand, daß die Zuordnung in dem Protokolle nicht erwähnt sei, die Urkunde keineswegs nichtig mache. Das Land- und Stadtgericht Siegen wies hierauf durch Urtheil vom 24. Februar 1845 den Kläger mit seiner Klage ab, indem es die Bürgschaftsurkunde für gültig aufgenommen erklärte.

Auf die vom Kläger hiergegen eingelegte Appellation bestätigte der Civilsenat des Oberlandesgerichts unterm 5. Februar 1846 das Urtheil I. Instanz.

Der Appellationsrichter untersuchte zuvörderst die Frage, ob die Gültigkeit der Verhandlung vom 11. August 1832 noch zur Erörterung gelangen könne, nachdem im Vorprozesse, zu welchem der Verklagte adcitirt worden, die Ungültigkeit der Verhandlung ausgesprochen sei, bejahte diese Frage und erklärte die Bürgschaftsurkunde für den Vorschriften der Gesetze gemäß aufgenommen.

Die von dem Kläger gegen dies Appellationserkenntniß eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Urtheil des Geh. Obertribunals vom 18. Januar 1847 für begründet erachtet, das Urtheil vernichtet und in der Hauptsache das Erkenntniß I. Instanz dahin geändert:

> daß Kläger mit seinem Regreßanspruche noch nicht abzuweisen, vielmehr unter Verwerfung aller sonstigen Einwendungen des Verklagten die Instruction darauf zu richten, ob Kläger wegen Vermögenslosigkeit der Wittwe S. und ihrer Erbin in Betreff seines bei der Forderung an den Ludwig S. erlittenen Ausfalls

Digitized by Google

nicht würde haben befriedigt werden können, eventuell in wie weit dies nur der Fall gewesen; hiernächst anderweitig in I. Instanz mit Vorbehalt weiterer Rechtsmittel zu erkennen.

Das Obertribunal fand eine Verletzung der über die Wirkungen der Litisdenunciation gegebenen gesetzlichen Vorschriften darin, daß der Appellationsrichter sich noch für ermächtigt gehalten habe, die Frage über die Gültigkeit der Bürgschaftsurkunde zu entscheiden; diese Frage sei im Vorproceß entschieden und müsse Verklagter, dem dort lis denuncirt worden, diese Entscheidung gegen sich gelten lassen.

Die Entscheidung in der Hauptsache rücksichtlich der Frage, ob Verklagter regreßpflichtig sei, begründete das Obertribunal nur durch folgendes:

> Ein dem Verklagten zuzurechnendes Versehen bei Aufnahme des Bürgschaftsinstruments vom 11. August 1832 ist nach §§ 88. 89 Tit. 10 Th. II des A. L. R. nicht zu bezweifeln, da er bei aufmerksamer Prüfung der gesetzlichen Vorschriften, wie sie ihm oblag, die Mängel der Verhandlung, welche ihre Ungültigkeit nach sich ziehen, hätte vermeiden können.

Wenn gleich nicht mehr zu entscheiden war, ob die Bürgschaftsurkunde gültig sei, so konnte doch die Beantwortung der Frage, ob sie gültig, d. h. den gesetzlichen Vorschriften entsprechend, aufgenommen sei, nicht umgangen werden, da die Entscheidung der Frage, ob Verklagter sich eines Versehens schuldig gemacht, welche Frage im Vorproceß doch noch nicht entschieden war, davon abhing, und das Obertribunal muß auch die Frage beantwortet haben, da es sonst nicht hätte sagen können, daß Verklagter bei aufmerksamer Prüfung der gesetzlichen Vorschriften, wie sie ihm obgelegen, die Mängel der Verhandlung, welche ihre Ungültigkeit nach sich zögen, hätte vermeiden können. Eine Schwäche des Obertribunalserkenntnisses ist es, daß diese Mängel nicht bezeichnet werden. Aus andern Entscheidungen des Obertribunals lernen wir indessen diese angeblichen Mängel kennen.

Das Obertribunal hat in einem Urtheil vom 22. Februar 1836 und in verschiedenen späteren Fällen angenommen:

> daß zur Rechtsverbindlichkeit einer mit einer Schreibens unerfahrenen Parthei aufgenommenen gerichtlichen Verhandlung der ausdrücklich in das Protokoll aufgenommene Vermerk erforderlich sei, daß der nach §§68—70 und § 421 des Anhangs zur A. G. O. von der Parthei gewählte oder ihr von dem Richter zugeordnete glaubhafte Mann zugezogen worden und als solcher der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls beigewohnt habe

Digitized by Google

und ferner in einem Urtheil vom 31. October 1839 und als Präjudiz Nr. 749 eingetragen:

> Der bei einer gerichtlichen ohne Protokollführer aufgenommenen Verhandlung zugezogene Unterschriftsbeistand muß den Namen der schreibensunkundigen Parthei selbst schreiben (cf. § 46 Tit. 2 Th. II A. G. O.) und es genügt nicht, wenn der Richter neben den von der Parthei gemachten Kreuzen die Namen geschrieben und der Beistand bemerkt hat, daß die Kreuze in seiner Gegenwart gemacht worden.

Es ergibt sich hieraus von selbst, welches die Mängel der Bürgschaftsurkunde vom 11. August 1832 sind, von denen in dem mitgetheilten Falle das Obertribunal in dem Urtheile vom 11. Januar 1847 sagte, der Verklagte habe sie bei aufmerksamer Prüfung der gesetzlichen Vorschriften, wie sie ihm obgelegen, vermeiden können, denn jenen Rechtsansichten entsprechend, war die Urkunde nicht aufgenommen. Das Obertribunal hat nun aber später jene beiden Rechtsansichten nicht als richtig aufrecht erhalten, vielmehr als Rechtsgrundsätze aufgestellt

durch Plenar-Beschluß vom 6 November 1848: *)

> Die von einer einzelnen Gerichtsperson mit einer des Schreibens unkundigen Parthei aufgenommene Verhandlung ist aus dem Grunde, weil das Protocoll keine Angabe darüber enthält, daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat, für die schreibensunkundige Parthei nicht unverbindlich.

und durch Plenar-Beschluß vom 7. Mai 1855: **)

> Bei einer von einem Richter ohne Zuziehung eines Protocollführers mit einem Schreibensunerfahrenen aufgenommenen Verhandlung ist es nicht erforderlich, daß der zugezogene Unterschriftsbeistand den Namen des Schreibensunerfahrenen oder irgend einen Theil desjenigen Vermerks selbst schreibt, der die Handzeichen des Schreibensunerfahrenen betrifft. Es genügt vielmehr die bloße Namensunterschrift des Beistandes.

Nunmehr aber suchen wir vergeblich nach Mängeln der Bürgschaftsurkunde vom 11. August 1832, nach Mängeln der Verhandlung,

---

*) Entscheidungen Band 17 S. 66.

**) Entscheidungen Band 30 S. 393. Koch — A. L. R. Not. 68 zu Anh. § 5 bemerkt treffend:

> So oder so, beides ist juristisch betrachtet gleichgültig, jedes hat gleich gute Gründe für sich, wie denn auch die Gründe dieses Plenarbeschlusses keinen Grän gewichtiger sind, als die des Präj. 749; aber eines ist vonnöthen; wir müssen Rechtsgewißheit haben und uns darauf verlassen können, daß die Meinungen in solchen Dingen nicht wie die Kleidungsstücke gewechselt werden.

Digitized by Google

welche bei aufmerksamer Prüfung der gesetzlichen Vorschriften hätten vermieden werden müssen, nach einem Versehen des Beamten, welcher die Verhandlung aufgenommen hat.

Grade eine aufmerksame Prüfung der gesetzlichen Vorschriften hatte den Hofgerichtsreferendar H. oder konnte ihn doch bereits im Jahr 1832 zu einer Interpretation des Gesetzes geführt haben, zu welcher das Ober-Tribunal erst später gekommen ist. Sein Unglück war, nicht daß er das Gesetz unrichtig angewendet, sondern daß sein Richter erst später das Gesetz richtig erkannt hat.

Das aber ist ein schlagender Beweis dafür, daß der Richter nicht schon darin ein Versehen finden kann, daß das Gesetz in einer seiner Meinung nach unrichtigen Weise interpretirt und angewendet ist.

Wie die operative Geburtshülfe nicht eine so unbedingt abgeschlossene Kunst ist, daß zu den drei Hauptmethoden des Kaiserschnitts nicht noch einstens eine vierte hinzukommen könne und nicht vielleicht dasjenige als schulgerecht gelehrt werden könne, was jetzt als schulwidrig verdammt wird, so ist auch die Jurisprudenz nicht eine so abgeschlossene Wissenschaft, daß eine Interpretation des Gesetzes, auch wenn sie die Autorität des höchsten Gerichtshofes für sich hat, die allein richtige sei und daß nicht meistens als gesetzmäßig erkannt werde, was jetzt als gesetzwidrig verdammt wird. Die Plenarbeschlüsse des Obertribunals geben davon Zeugniß.

Nr. 5.

Beiträge aus der Praxis zur Lehre von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten.

Von Dr. J. A. Gruchot.

(Fortsetzung und Schluß.)

§ 5. Fehlerfreiheit des Besitzes.

Der Rechtsbesitz ist zur erwerbenden Verjährung eines Dienstbarkeitsrechts untauglich, wenn er sich als ein fehlerhafter darstellt. Insofern läßt sich die Fehlerfreiheit des Besitzes als Erforderniß dieser Verjährung aufstellen.

Digitized by Google

Ulp. l. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5): Si quis diuturno et longa quasipossessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat jus annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

Id. l. 1 § 23 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3): ... sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur: ut, ubi servitus non invenitur imposita, quamdiu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur...

l. 1. C. de servit. (3, 34): ... Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

Nur darf dies nicht in dem Sinne geschehen, daß man dem Ersitzenden den besonderen Nachweis dieser Voraussetzung auferlegt.[1]) Dies wird auch in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt.

---

1) Unterholzner II § 516 sagt hierüber:

Von der Beweisführung in Beziehung auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte spricht Ulpian in der l. 10 D. si serv. vind. 8, 5 ... Man hat daraus ableiten wollen (vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 4 S. 89 ff.) daß der, welcher sich auf Verjährung beruft, nicht nur den Besitz beweisen müsse, sondern auch die rein verneinende Behauptung, daß der Besitz weder gewaltsam, noch auch heimlich, noch vergünstigungsweise ausgeübt worden sei, was doch den allgemeinen Grundsätzen entgegen ist, welche bei rein verneinenden Behauptungen die Vermuthung für den Behauptenden sprechen lassen, der eben deswegen vom Beweise frei ist (Seuffert Arch. X 73). Es ist in der That nicht nothwendig, daß man aus der l. 10 cit. eine so ausschweifende Folgerung ziehe. Genau genommen sagt die Stelle nichts weiter, als daß derjenige, welcher sich auf Verjährung beruft, Besitzhandlungen nachzuweisen habe, welche aber weder als offene Störung, noch als Verheimlichung erscheinen, noch auch in Folge einer Vergünstigung ausgeübt sein dürfen. Gesetzt also, Jemand bewiese, daß er auf eine ganz ungewöhnliche Weise zur Nachtzeit den Besitz ausgeübt, oder daß er die Schleußen gewaltsam geöffnet habe, so wäre die Beweisführung für mißlungen zu achten. Eben so wenn Jemand zum Beweise seines Besitzes eine Urkunde vorbringen wollte, aus welcher hervorgeht, daß er die Bewässerung geübt, zugleich aber auch, daß er sie bloß vergünstigungsweise (precario) geübt habe. Das alles ist ganz in der Ordnung. Wenn aber die nachgewiesenen Besitzhandlungen von der Art sind, daß sie weder als gewaltthätige, noch als heimliche erscheinen, noch auch als solche, die bloß vergünstigungsweise geübt sind, so ist nicht abzusehen, warum darüber noch ein besonderer Beweis verlangt werden sollte. Glaubt der Gegner solche Mängel nachweisen zu können, so mag er darüber einen Gegenbeweis führen.

Vergl. auch Hasse im Rhein. Museum II Heft 4 S. 394 f. und F. B. Busch im Archiv für die civ. Praxis B. 31 S. 241 f.

Digitized by Google

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 16. Juli 1847: Der Quasibesitz der Servituten muß fehlerfrei stattgefunden haben. Nach den Worten des fr. 10 pr. si serv. möchte es zwar scheinen, als ob der die derartige Erwerbung einer Servitut Behauptende den negativen Beweis zu führen hätte, se non vi, non clam, non precario possedisse (Archiv für die civil. Praxis IV. S. 86). Allein der Sinn des Gesetzes ist offenbar kein anderer, als daß den Besitzhandlungen, wenn sie zur Erwerbung durch Verjährung führen sollen, keiner der bezeichneten Fehler anklebe. Stellen sich an den Besitzhandlungen, welche der Beweisführer nach ihrem Wann und Wie darlegte, keine Fehler dar, so hat er seiner Obliegenheit genügt. [1]) Einen speciellen Beweis darüber zu fordern, daß die Besitzhandlungen — obgleich kein Grund gegeben ist, sie nach dem Resultate ihrer Erprobung für vitiös zu halten — mit einem Fehler nicht behaftet waren, würde gegen den Geist des Gesetzes und gegen das Rechtsprincip verstoßen, daß eine Negative, wenn nicht in ihr zugleich eine wirkliche Thatsache liegt, nicht bewiesen zu werden braucht. Dies gilt

---

1) Gensler in seinen Anmerkungen zu der Abhandl. des Freih. v. Seckendorf (im Archiv für die civil. Praxis IV S. 83—112) sagt in der Note 17 S. 89:

Der Streit darüber: ob der Besitzer beweisen müsse, er habe die Besitzhandlungen nicht gewaltsam und nicht heimlich ausgeübt, oder ob des Beklagten Antwort, der Kläger habe vi oder clam besessen, die Grundlage eines directen oder indirecten Gegenbeweises werde, möchte für die Praxis so ziemlich fruchtlos sein. Der Kläger muß allerdings und zwar speziell anführen und beweisen: daß — wann und wie er die einzelnen Besitzhandlungen ausgeübt habe; aus diesem speziellen Wann und Wie aber folgt von selbst, welcher Natur die Handlung sei — ob man sie gewaltsam oder heimlich nennen könne oder nicht. Dieses gehört dann lediglich zu der Beurtheilung des Richters. Findet dieser an den bewiesenen actus possessionis die Merkmale der äußeren Ruhe und der Oeffentlichkeit, ist hierdurch der Richter moralisch überzeugt: „scivit dominus et passus est." so spricht er aus: ostendit actor, se non vi, non clam possedisse. Wenigstens ist hierzu hinreichend, wenn die Zeugen aussagen: „sie hätten keine Gewalt, keinen Widerspruch des Beklagten, keine Verheimlichung des Klägers bemerkt." Behauptet nun der Beklagte spezielle Thatsachen, aus deren Wahrheit die Gewaltsamkeit oder Heimlichkeit hervorgehen soll, so ist dieses die Grundlage eines solchen Gegenbeweises, welcher die Natur eines directen und indirecten zugleich in sich vereinigt.

Ferner in der Note 22 S. 91:

Mehr Schwierigkeit als das „non vi, non clam" macht wirklich das ostendere „non precario se possedisse." Allein auch hier erheischt das Gesetz durch das allgemeine Wort ostendere (nicht probare) keinen directen Beweis einer solchen Negative, in Rücksicht auf welche man wirklich sagen könnte: negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio. Auch hier also folgt das ostendere aus der Beschaffenheit der bewiesenen, einzelnen, lange Zeit hindurch wiederholten Besitzhandlungen.

Ebenso faßt Hasse a. a. O. das ostendat in l. 10 pr. cit. als das Ergebniß der ganzen Beweishandlung auf, d. h. des Beweises und (wenn dergleichen geführt worden) des directen und indirecten Gegenbeweises, geht jedoch in sofern weiter, als er den positiven Beweis des Prädikats der Oeffentlichkeit verlangt. S. dagegen Busch a. a. O. S. 255 f.

Digitized by Google

insbesondere auch von dem „non precario," in welcher Beziehung sich die Praxis festgestellt hat, daß die Behauptung des dominus praedii servientis, die Besitzhandlungen seien nur aus Vergünstigung vorgenommen worden, als ein von dem Asserenten zu beweisender Einwand anzusehen sei.

F. B. Busch, die Stimme der Praxis S. 70.

Erkenntniß des (vormaligen) O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 2. November 1854: Wenn auch unzweifelhaft zur Erwerbung einer Servitut durch Ersitzung ein fehlerfreier Besitz erforderlich ist, ein solcher aber nicht durch Besitzhandlungen erlangt werden kann, welche nur von dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes auf bittliches Ansuchen gestattet sind, der Ersitzende bei deren Vornahme vielmehr das Bewußtsein oder die Meinung gehabt haben muß, sich einer ihm zustehenden Gerechtsame zu bedienen, so kann gleichwohl diese opinio juris, als eine Handlung des Ersitzenden nicht Aufgabe einer besonderen Beweisführung sein, es muß solche vielmehr aus der Beschaffenheit der dargelegten Besitzhandlungen und den Nebenumständen nach richterlichem Ermessen entnommen werden.

Gönner, Handb. gem. deutsch. Proz. I Nr. 10 § 27.

Martin, Civilprozeß § 223.

Die langjährige offenkundige und ungestörte Ausübung der Servitut läßt das Nichtvorhandensein von Besitzfehlern annehmen. Es muß daher nach der richtigen Theorie der Gegner, wenn er bestimmte Besitzesfehler behaupten und solche zur Geltung bringen will, solche gehörig anführen und zur prozessualischen Gewißheit bringen.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. VIII. Nr. 32.

Matthiä, Controversenlexicon II. S. 321.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 30. Mai 1855: Zwar ist es unzweifelhaft, daß eine Dienstbarkeit ohne Titel nur ersessen worden ist, wenn sie 10 resp. 20 Jahre lang als Recht unbehindert (non vi) öffentlich (non clam) und ohne Vergünstigung (non precario) ausgeübt worden. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Beweisführer etwas Anderes darzuthun hat, als geeignete Besitzhandlungen während des angeführten Zeitraums; daß sie wider Verbot, heimlich oder aus Begünstigung stattgehabt, gehört zum Gegenbeweise, und ebenso der Umstand, daß bei der Ausübung die Absicht auf etwas anderes als die Ausübung einer Servitut gerichtet gewesen sei. Da indessen am Schlusse des Beweisverfahrens der Richter darüber zu entscheiden hat, ob die von dem Beweisführer in Bezug genommenen Besitzhandlungen die oben gedachten, den Rechten nach nothwendigen Eigenschaften haben, so mußte es als ungefährlich erscheinen, dieselben in dem Beweisthema stehen zu lassen, indem dadurch nur das ausdrücklich ausgesprochen erscheint, worauf der Richter beim Endurtheil ohnedies seine Beurtheilung zu richten hat; auch in Betreff der Aufnahme des Nichtvorhandenseins der Besitzesfehler, so wie der Ausübung der Servitut als Recht in den Beweissatz bei den Gerichten verschiedene Uebungen bestehen, ohne daß daraus eine Verschiedenheit der

Digitized by Google

Anschauung über die Pflicht des Richters bei Abfassung des Endurtheils sich entnehmen ließe.

Seuffert, Archiv XV Nr. 108.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 31. März 1843: Bei dem Beweise der Ersitzung der Servituten hat nicht der Producent die Abwesenheit, sondern der Product das Vorhandensein der Fehler des Besitzes darzuthun.

Busch, a. a. O. S. 70.

Unser Landrecht enthält nichts, was diesen Grundsätzen entgegenstände. Allerdings folgt dasselbe insofern einer eigenthümlichen Auffassung, als es den fehlerhaften Besitz gar nicht als Besitz anerkennt, so daß ein nothwendiges Erforderniß jedes Rechtsbesitzes in der Fehlerfreiheit der ihn constituirenden Handlungen besteht. [1]) Diese Verschiedenheit des Gesichtspunktes hat jedoch auf die hier erörterte Beweisfrage keinen Einfluß. Denn in Beziehung auf dieselbe ist es in der That ganz einerlei, ob man mit dem römischen Recht den Satz aufstellt: eine vi, clam oder precario erworbene quasi possessio ist zur Ersitzung des ausgeübten Rechts ungeeignet — oder mit unserem Landrechte den Satz: Handlungen der gedachten Art hindern die Erwerbung des zur Ersitzung einer Dienstbarkeit nothwendigen Rechtsbesitzes. Denn nach der einen wie nach der anderen Auffassung bleibt immer die Frage dieselbe:

> was hat der auf Ersitzung sich Berufende zu erweisen, um die vorgenommenen Handlungen, als zur Ersitzung geeignet, darzustellen?

In den Motiven des früher erwähnten Plenarbeschlusses unseres Ober-Tribunals vom 27. August 1838 wird eine ähnliche Antwort

---

1) A. L. R. Th. I Tit. 7:

§ 96. „Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden."

§ 97. „Eben so wenig können durch Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechts bewirken."

§ 98. „Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden."

§ 106. „Aus Handlungen, Leistungen oder Duldungen, wodurch an sich eine Besitzergreifung bewirkt werden könnte, entsteht dennoch kein Besitzrecht, sobald erhellet, daß der Andere dieselben nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern nur aus Freundschaft und Gefälligkeit vorgenommen oder gestattet habe."

Vergl. die Glossen zu diesen §§ B. V S. 307 f. 310 f. dieser „Beiträge."

Digitized by Google

hierauf wie in den oben mitgetheilten gemeinrechtlichen Entscheidungen gegeben. Es wird hier gesagt:

> Der § 14 Tit. 22 Th. I des Allgem. Land-Rechts [1]) kann und will ein Mehreres nicht festsetzen, als was überhaupt aus dem Begriff der Besitzergreifung und der, zur Begründung der Verjährung geeigneten Ausübung eines negativen Rechts folgt, d. h. der Verjährende muß die freie und offene Ausübung der streitigen Befugniß am Anfang und zu Ende der Verjährungszeit nachweisen; alsdann ist anzunehmen, daß er dieselbe, wie sich von selbst ergiebt, als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe.
>
> Wie könnte auch der Verjährende die Besitznahme der Servitut, als die eines wirklichen Rechtes und den Ausschluß des Precariums anders darthun, als durch den Beweis der ungestörten Ausübung, der Wiederholung der nämlichen Besitzhandlungen mit Vorwissen und Duldung desjenigen, dessen Rechte durch die Servitut beschränkt werden? Das A. L. R. giebt auch keine eigenthümlichen Vorschriften an die Hand, wie man eine Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz zu nehmen habe, und verlangt ebensowenig, daß der Verjährende die Negative, daß er nämlich sich des Besitzes nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung angemaßt, wie etwas Positives besonders beweisen soll. Dasselbe läßt vielmehr aus den Umständen schließen, ob Gewalt, Verheimlichung oder Vergünstigung vorgewaltet haben oder nicht; die Umstände aber, aus denen solche Besitzfehler folgen würden, mag der Gegner aufsuchen, und unter Führung ihres Beweises geltend machen, wie es nach der Natur der Sache ihm obliegt.
>
> Der Verjährende hat daher genug gethan, wenn von ihm der Beweis der frei und öffentlich, ohne Widerspruch und Störung Seitens des Verpflichteten erfolgten Ausübung der streitigen Befugniß geführt worden ist. Dieser Beweis muß aber sowohl von demjenigen, der sich auf die gewöhnliche Verjährung von zehn Jahren beruft, als auch von dem, welcher sich auf die dreißigjährige Verjährung stützt, gleichmäßig beigebracht werden.
>
> Entscheid. des Ob.-Trib. IV. S. 180 f.

---

1) „Bei dieser Erwerbungsart (der Verjährung) muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe."

Vergl. Rave § 77: ... in affirmativis servitutibus probandum esse: a. actus possessorios intervenisse... b. non vi, non clam, non precario illos esse susceptos sed animo juris competentis, quod quia praesumitur, quum naturale sit, contrarium vero hypotheticum, iterum sufficit allegasse, ita ut ad reprobationem pertineat demonstrasse contrarium.

Digitized by Google

Was die neueren Gesetzgebungen betrifft, so bestimmt

a. das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch:

§ 345. „Wenn sich Jemand in den Besitz eindrängt, oder durch List oder Bitt heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohn sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ei fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrecht mäßige und unredliche Besitz noch überdies unrecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen."

§ 1464. „Der Besitz muß auch echt sein. Wenn Jemand sich einer Sach mit Gewalt oder List bemächtiget, oder in den Besitz heimlich einschleicht, oder eine Sache nur bittweise besitzt; so kann weder er selbst noch können seine Erben dieselbe verjähren."

b. das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 200. „Fehlerhaft ist der Besitz Desjenigen, welcher die Sache durch Gewalt oder heimlich an sich gebracht hat, oder die bis auf beliebigen Widerruf empfangene Sache nach geschehenem Widerrufe nicht zurückgibt."

§ 599. „Der Besitz (von Grunddienstbarkeiten) muß während der ganzen Ersitzungszeit im redlichem Glauben und fehlerfrei und darf nicht mit Gewalt, heimlich oder in Folge Gestattung auf beliebigen Widerruf ausgeübt worden sein. Redlicher Glaube und Fehlerlosigkeit werden vermuthet." [1])

§ 600. „Für gewaltsam gelten diejenigen Besitzhandlungen, welche unter Beseitigung der von dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks entgegengesetzten thätlichen Hindernisse vorgenommen worden sind."

§ 601. „Heimlich ist derjenige Besitz, welcher in einer Art und Weise ausgeübt wird, daß der Eigenthümer keine Kenntniß davon erlangen soll."

---

1) In den Motiven S. 728 wird dazu bemerkt:

Gegen das Requisit der Fehlerlosigkeit des Besitzes machte sich zwar das Bedenken geltend, daß nach § 271 ff. zu der dreißigjährigen Ersitzung des Eigenthums an beweglichen Sachen lediglich bona fides, nicht zugleich Fehlerlosigkeit des Besitzes, erforderlich ist. Indessen legte man diesem Bedenken aus dem Grunde kein entscheidendes Gewicht bei, weil das Verhältniß der Dienstbarkeiten, als Rechten an unbeweglichen Sachen, rechtliche Seiten hat, auf welche die Grundsätze von der Ersitzung des Eigenthums an beweglichen Sachen nicht anwendbar sind.

Die in § 599 angegebenen vitia possessionis haben die Bedeutung, daß, wenn neben den fünf fehlerfreien Besitzhandlungen eine in die Ersitzungszeit fallende vitiose Besitzhandlung fällt, durch diese letztere die Ersitzung vollständig vernichtet wird, dergestalt, daß dieselbe auch nicht von dem Zeitpunkt wieder beginnen kann, wo eine fehlerfreie Handlung ausgeübt worden ist. Ob hiervon eine Ausnahme zu machen sei, wenn es sich um die Ersitzung solcher Grunddienstbarkeiten handelt, zu deren Ausübung es besonderer Vorrichtungen nicht bedarf, ist nach den Verhältnissen des concreten Falles zu beurtheilen. Uebrigens versteht sich von selbst, daß die vitia possessionis, welche aus dem vom Ersitzenden selbst geführten Beweise actenkundig werden, mit gleicher rechtlicher Wirksamkeit zu beachten sind, wie die vom Gegentheile nachgewiesenen; der Vorschützung einer darauf gegründeten besonderen Einrede bedarf es nicht.

Digitized by Google

c. das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch:

§ 494. „Wird der Besitz durch widerrechtliche Gewalt oder Arglist oder Mißbrauch des Vertrauens ergriffen, so ist er als fehlerhafter oder unehrlicher Besitz zu behandeln.“ [1])

§ 6. Guter Glaube.

Insofern die Fehlerfreiheit der Servitutenausübung den guten Glauben voraussetzt, läßt sich schon nach römischem Recht bona fides als Erforderniß der Servitutenersitzung betrachten. [2]) Ganz unbe-

---

1) Bluntschli in seinen Erläuterungen II. S. 22 bemerkt dazu: Selbst der fehlerhafte und unehrliche Besitz hat als ein Bestandtheil der thatsächlichen Ordnung einen Anspruch auf Schutz, aber einen geringeren, als die beiden höhern Stufen des Besitzes, der redliche und der rechtmäßige Besitz. Fälle der Art sind a. Gewalt, b. Arglist, c. Mißbrauch des Vertrauens ... In allen diesen Fällen ist zwar Besitzwille da, aber ein fehlerhafter. Die Verschuldung des Besitzergreifers hindert zwar die Entstehung des Besitzes nicht, macht aber denselben zu einem offenbar ungehörigen.

2) Hofacker, Principia jur. civ. § 1101. Sed et in hac acquisitione necessaria est bona fides, qua nititur is, qui neque vi neque clam neque precario possessionem tenet; idque in tantum sufficit, ut nec necesse habeat docere de jure seu titulo, cujus vicem patientia sustinet in rebus incorporalibus.

Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (Erlangen 1820) S. 102 ff.: ... Die Fehler, wovon die juris quasi possessio frei sein muß, um zur Quasi-Ersitzung führen zu können, sind Gewalt, precarium und Verheimlichung. Wer frei von den gedachten Fehlern eine Servitut ausübt, der kann es offenbar nur unter der Ueberzeugung thun, daß er zur Ausübung fortdauernd berechtigt sei, weil er sie nur in diesem Bewußtsein nicht verheimlichen, nicht gewaltsam und nicht als widerruflich gestattet behaupten wird. Diese Ueberzeugung, berechtigt zu sein (die positive Seite der gerechten Ausübung) fällt nun freilich unter den Begriff des guten Glaubens in der allgemeinen juristischen Bedeutung des Wortes — nur ist es nicht bona fides in der Kunstsprache des röm. Rechts, welches den Begriff des guten Glaubens nur dem Verhältnisse des wahren Besitzes und der Natur der usucapio als Erwerbart des Eigenthums angepaßt hat und niemals bei der in besitzähnlichen Verhältnissen nachgebildeten Verjährungsart von bona fides spricht, auch nicht davon sprechen kann, weil es hier an dem nothwendigen Seitenstücke, dem gerechten Titel fehlt. Will man jedoch die Gesinnung, welche ein fehlerfreier Quasibesitz voraussetzt, als positive Bedingung der Quasiersitzung betrachten und diesem Analogon die Benennung des guten Glaubens beilegen, so darf man nur nicht übersehen, daß es zwei verschiedene Erfordernisse sind, die man mit einem Namen bezeichnet, wie schon daraus ersichtlich ist, daß der s. g. gute Glaube bei der Servitutenverjährung nicht bloß zum Anfange des Quasibesitzes, son-

Digitized by Google

dingt wird aber im canonischen Rechte guter Glaube für jede Art der Ersitzung ohne Unterschied erfordert. [1]) Dies ist auch der Standpunkt des heutigen Rechts.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 17. Juni 1845: Bei den hier in Rede stehenden Verjährungserwerbe einer Wasserleitungsservitut ist die bona fides des Beklagten mit Recht bis zum Beweise des Gegentheils als vorhanden angenommen worden. Daß es auf dieselbe überhaupt ankomme, kann, wenn man den Gesichtspunkt der gemeinrechtlichen Verjährung zum Grunde legt, keinem Bedenken unterliegen. Die Beweislast ist aber mit Recht den Klägern, welche den Erwerb der Ser-

---

dern zur Ausübung des dinglichen Rechts gehört, mithin fortwährend vorhanden sein muß.

F. B. Busch im Archiv für die civil. Praxis B. 31 (1848) S. 412 ff. Bei der späteren Einführung der Servituten-Ersitzung hat auch die Analogie der bei dem Eigenthum vorkommenden longi temporis praescriptio mitgewirkt, und zwar dergestalt, daß man dabei einen nec vi, nec clam, nec precario begonnenen Besitz als factische Grundlage der Ueberzeugung, ein Servitutenrecht zu haben, und mithin auch als äußeres Merkmal der bona fides erforderte. Es ist daher ganz naturgemäß, anzunehmen, daß die Römer bei der Servitutenersitzung, da sie einen besonders geeigenschafteten Besitz erforderten, auch die hierauf sich gründende bona fides für erforderlich gehalten haben. Jenes Erforderniß eines fehlerfreien Besitzes deutet von selbst auf eine gewisse Redlichkeit des Präscribenten hin.... Hiernach liegt die Sache so: nec vi, nec clam, nec precario bestehender Besitz gilt nach röm. Recht bei der Servitutenersitzung anstatt der justa causa, nur jener als etwas Aeußeres, in die Sinne Fallendes kann Gegenstand der Beweisführung sein, und mithin mußte die bona fides, da sie in jenem wurzelt, mit dessen Dasein vorhanden angenommen werden, d. h. die Gesetze verlangen keinen selbständigen Beweis derselben, keinen Beweis eines bonum initium possessionis. Wird aber nachgewiesen, daß der, welcher die Servitut selbst äußerlich fehlerfrei ausgeübt hat, initio possessionis in mala fide gewesen sei, so wird dadurch die Ersitzung vernichtet. Das Verhältniß der Servitutenersitzung ist daher in diesem Punkte dem der Eigenthumsersitzung ganz analog.

Vergl. Unterholzner II § 212 Nr. II.

Theod. Muther, die Ersitzung der Servituten (Erlangen 1852) S. 16 ff.

1) Unterholzner II. § 216. Für unser heutiges Recht ist die Frage, ob eine Redlichkeit des Besitzes bei der Begründung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung nothwendig sei, im Allgemeinen leicht zu entscheiden, weil das kirchliche Recht, dessen Gültigkeit hier unbestreitbar ist, für die ersitzende Verjährung ganz allgemein die Redlichkeit des Besitzes verlangt, und zwar in der Art, daß die Unterbrechung derselben im Laufe der Verjährung diese selbst unterbrechen soll.

Vergl. Möllenthiel a. a. O. S. 112—116.

Digitized by Google

vitiut bekämpften, zugetheilt. Denn es ist ein durch die Gesetze (l. 30 C. de evict. 8, 45) unterstützter Grundsatz, daß, wenn nur die Besitzhandlungen des Verjährenden überhaupt den Charakter der Redlichkeit an sich tragen, die bona fides keines Beweises bedarf, sondern der Verjährende den Beweis seiner Unredlichkeit von dem Gegner erwarten kann. — Wenn der Beklagte den Wasserlauf bei dem Erwerbe des Grundstücks schon vorfand, so ist am wenigsten an der bona fides zu zweifeln, indem gar kein Grund vorhanden ist, um anzunehmen, daß er auch von der früheren possessio vitiosa seines Vorgängers, d. i. von dem obwaltenden precarium Kunde gehabt habe. Beklagter konnte also füglich einen neuen, eigenen, fehlerfreien Besitz beginnen. l. 5 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

Seuffert, Archiv VIII. Nr. 348.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 15. Juni 1855: Schon nach römischem Rechte wird diejenige Besitzhandlung als gewaltsam angesehen, welche einem vorhergegangenen Verbote oder Widerspruche entgegenläuft. Das canonische Recht gestattet bekanntlich überhaupt keine Verjährung ohne bona fides cap. 5. 19, 20 X de praescr. (2, 16), und ebenso findet das Princip, daß eine den Anfang der Verjährung hindernde mala fides dann vorhanden sei, wenn der Verjährende gewußt, daß ihm kein Recht zur Ausübung der Besitzhandlung zustehe, in den sächsischen Gesetzen Anwendung...

Ebendas. X Nr. 235.

Preuß. Allgem. Land-Recht Th. I Tit. 9:

§ 579. „Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen Statt, wo Jemand eine Sache oder Recht... durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicher Weise besessen hat."

§ 591. „Wer den Besitz ... unredlicher Weise erworben hat; kann niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen."

§ 611. „Außergerichtliche Handlungen unterbrechen die Verjährung durch Besitz nur insofern, als sie den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführen..."

§ 625. „Wer zwar vollständiger redlicher Besitzer ist, aber keinen Titel seines Besitzes nachweisen kann, zu dessen Gunsten wird die Verjährung erst in dreißig Jahren vollendet."

§ 631. „Die Redlichkeit des Besitzes ist auch bei einer solchen Verjährung (von 44 Jahren gegen den Fiskus, die Kirchen und gleichberechtigte Corporationen) nothwendig."

§ 663. „Auch ein fünfzigjähriger Besitz schützt den nicht, welcher der Unredlichkeit dabei überführt werden kann."

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch:

§ 1460. „Zur Ersitzung wird... erfordert: daß Jemand die Sache oder das Recht, die auf diese Art erworben werden sollen, wirklich besitze, daß sein Besitz rechtmäßig, redlich und echt sei, und durch die ganze von dem Gesetze bestimmte Frist fortgesetzt werde."

Digitized by Google

§ 1463. „Der Besitz muß redlich seyn ..."

§ 1469. „Dienstbarkeiten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besonder Rechte werden, wie das Eigenthumsrecht, von demjenigen, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, binnen drei Jahren ersessen."

§ 1470. „Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher bestehen, oder ei solches Recht denselben nicht einverleibt ist, kann es der redlich Inhaber erst nach dreißig Jahren ersitzen."

§ 1477. „Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von dreißig oder vierzi Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels. Di gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließ auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus."

Bürgerliches Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 599. „Der Besitz (von Grunddienstbarkeiten) muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben ... ausgeübt sein. Redlicher Glaube und Fehlerlosigkeit werden vermuthet." [1])

Zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch:

§ 694. „Die Ersitzung derartiger Dienstbarkeiten (die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser beständig fortwirken) setzt voraus ... fortgesetzten und unwidersprochenen redlichen Besitz von zehn Jahren."

§ 695. „Ständige Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, ...

§ 696. „... können überdem durch zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten redlichen Besitz ... ersessen werden."

§ 7. Rechtsgrund (justus titulus).

Bei der Ersitzung der Dienstbarkeiten ist das Vorhandensein *eines* Rechtstitels auch nach römischem Recht jedenfalls in sofern von Bedeutung, als dadurch am sichersten sowohl ein wirklicher Rechtsbesitz als auch dessen Fehlerlosigkeit constatirt wird. Allein daraus ist noch keineswegs die Nothwendigkeit eines solchen Erfordernisses zu folgern. Es besteht daher im gemeinen Rechte hierüber eine noch heutzutage unerledigte Controverse, wiewohl die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer auf Grund der oben (§ 5) angeführten Quellenaussprüche

1) In den Motiven S. 728 wird dazu bemerkt:

Man hat die bona fides zur Ersitzung der Dienstbarkeiten erfordert, weil, selbst abgesehen davon, daß man außerdem ein offenbares Unrecht durch Ablauf der Zeit zu Recht werden ließe, die Dienstbarkeiten, welche an sich nicht zu begünstigen sind, im Verhältnisse zu dem Eigenthume eine Bevorzugung genießen würden, wenn man zwar zur Ersitzung des Eigenthumes, nicht aber zur Ersitzung der Dienstbarkeit bona fides verlangt hätte.

Digitized by Google

sich für die Entbehrlichkeit des Titels entscheidet.[1]) Diese Ansicht ist denn auch mit Recht in der Praxis zur Geltung gelangt:

1) Voet, com. ad P. VIII. 4. Nr. 4: .. Sed nec justum titulum concurrere debere, verius est, si modo bona fides praescribentis adsit, cum ei, qui diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus est, necesse non sit docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed sufficiat, ut ostendat, per annos tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse: vetustate scilicet temporis autoritatem dante, tametsi jus non probaretur (l. 10 D. si serv. vind. l. ult. D. de aqua et aquae pl. a). Quamvis enim et hic justus titulus verus intercedere queat, dum forte is, qui fundi tantum possessor est, servitutem praedialem vicino concessit: tamen nihil impedit, quominus etiam sine concessione tali vicinus servitutem, quasi constitutam, non vi, non clam, non precario exercens per praedium vicinum a non domino possessum, longi temporis praescriptione eandem acquirat, legibus superioribus generaliter quasi possessione, non vi, clam vel precario obtenta, contentis. Nec recte quis ea, quae de justi tituli necessitate in immobilium usucapione traduntur in l. 24 C. de rei vind., l. ult. C. de usuc. pro her. ad servitutum praescriptionem transtulerit, ductus arg. l. 2 C. de serv. et aqua ...

Vinnii com. in § 4 J. 2, 3 Nr. 2: .. modus per usum ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit. Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo praecedente, ceterum nec vi, nec clam, nec precario, id est domino praedii servientis sciente et patiente, per continuum definiti temporis spatium usi sumus, ut hic scientia et patientia domini loco tituli aut boni initii et traditionis sint possidenti, et longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat .. sententia communis a qua frustra recedit D. Duaren. 1 disp. 34. cf. Vinnii select. quaest. I. cap. 31.

Struv, synt. jur. civ. Exerc. 43 th. 15: Ut autem titulus verus opponitur praesumto, ille in usucapione corporalium est necessarius; sed in rebus incorporalibus sufficit praesumtus: inducit sc. patientia ejus, ad quem res, in qua jus quoddam praescribendum, pertinet, jure per longum tempus altero nec vi, nec clam, nec precario utente, praesumtam scientiam, et ex praesumta scientia venit praesumtus aliquis titulus, seu praesumta concessio ejus, qui patitur. Sicuti autem in juribus affirmativis qu. possessio, qua continuata fit usucapio, consistit in usu, et titulus in patientia ejus, qui usum patitur, ita in juribus negativis qu. possessio incipit a prohibitione facta, ne alter quid faciat, quod alias juxta libertatem naturalem facere posset... atque titulus itidem in patientia et obsequio consistit, seu quod prohibitus obtemperet et acquiescat, et id, quod prohibitum, per longum tempus intermittat.

Mülleri addit. ad Struv l. c. Excerc. 13 th. 39 nota i: ... Domini scientia et traditionis loco et vice boni initii esse videtur, ut merito

Digitized by Google

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 17. Juni 1845: Wenn d Kläger auch noch die Nachweisung eines justus titulus begehren, so i dieses Verlangen ungegründet, weil hier die Ausübung der Servitu unter den Augen des Nachbars, eo sciente, stattgefunden hat, unter solch Voraussetzung aber jedenfalls die bloße Ausübung während der gesetz lichen Zeit und weiter nichts zum Erwerbe der Servitut erfordert wir l. 2 C. de serv. (3, 34). Ueberdies kann es auch jetzt als die allgemein Lehre betrachtet werden, daß es bei der Verjährung der Reallasten eine justus titulus nach l. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5) überhaupt nicht b darf. — Die Kläger halten auch nur in concreto die Nachweisung eine justus titulus um deswillen für erforderlich, weil ohne eine solche es den Beklagten an der nöthigen bona fides fehlen würde. Dieses ist abe ganz irrig. Vergl. Seuffert Archiv VIII. Nr. 348.

Seuffert, Archiv IX Nr. 132.

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 16. Juli 1847: Der Quasibesitz braucht nicht auf einem eigenen Titel zu beruhen. In den Gesetzen wird der richterliche Schutz — die actio utilis — für den Fall einer fehlerfreien longa possessio versprochen. Eines Titels wird entweder gar nicht gedacht, oder es wird ausdrücklich bemerkt: non est ei necesse, docere de jure, quo aqua constituta est. l. 10 pr. si serv. vind. (8, 5); l. 5 § 3 de itin. (43, 19); l. 1 § ult. de aqua et aqu. pl. a. (39, 3.).

Seuffert, Archiv I. Nr. 408.

Präjudiz des O. A. G. zu Darmstadt: Zur erwerbenden Verjährung

---

receptum sit, longo tempore posse servitutem acquiri, licet de jure ac titulo non doceretur. „Quis enim tam stultus et supinus sit, inquit Ant. Faber, ut vicinum ultro patiatur jure servitutis uti, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat servitutem? aut qua fronte poterit titulum exigere servitutis is, qui tradidit ipse aut saltem tradidisse censeatur?“ (L. 19 conject. c. 10.) Scientia itaque domini, quae hic exigitur, vera et adaequata est ratio, cur in hac servitutum praescriptione titulus non sit necessarius, quae sententia probatur per l. 10 D. si serv. vind.

Hofacker, Princip. jur. civ. § 1101 (s. oben S. 175 Note 2.)

Rave, Principia univ. doctr. de praescr. § 61, welcher seine umständliche Erörterung der Controverse: an in praescriptione constitutiva justus titulus requiratur mit den Worten beschließt: Tandem itaque post multas ambages deducor ad conclusionem: in servitute constitutiva justo titulo speciali ex parte praescribentis opus non est. Nec tamen omnis titulus abest, qui enim servitute bona fide et cum patientia domini utitur, titulum pro suo allegare potest, ex justo errore inductus ad credendum, servitutem sibi juste quaesitam esse.

Vergl. Unterholzner II § 212 Nr. I und die das. in den Anmerkungen angeführten Schriftsteller, dagegen Theod. Muther, die Ersitzung der Servituten (Erlangen 1852) §§ 13—24.

Digitized by Google

der Servituten ist auch bei der praescriptio longi temporis die Nachweisung eines justus titulus nicht erforderlich.

Ebendas. a. a. O.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 15. Februar 1853: Zur Erwerbung einer Dienstbarkeit durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz ist nach klarer Vorschrift der l. 10 pr. D. si serv. vind. und l. 1 C. de servit. nur Fehlerfreiheit der Besitzhandlungen erforderlich, und die Gleichstellung der Servituten mit dem Eigenthum an Immobilien in den Worten „eodem observando" u. s. w. in l. 12 C. de praesc. l. t. (7, 33) nach der Annahme der bewährtesten Rechtslehrer nur auf die Dauer der Verjährungszeit, nicht auf die übrigen Erfordernisse des Eigenthumserwerbes durch langjährigen Besitz, insbesondere nicht auf das Erforderniß eines justus titulus zu beziehen, vielmehr wird nur von einem Theile der Rechtslehrer außer der Fehlerfreiheit des Besitzes der specielle Beweis der scientia domini wegen l. 2 C. de serv. für nöthig erachtet.

Striethorst, Archiv B. 10 S. 8.

Das Preußische Landrecht hat sich für die entgegengesetzte Ansicht entschieden, welche zur Zeit der Redaction desselben gewichtige Vertreter zählte. [1])

Im ersten Entwurf von der Besitzlehre befand sich die Bestimmung:

§ 81. „Wird das Recht redlicher Weise ausgeübt, so dient die Genehmigung der dabei interessirten Personen statt des Rechtsgrundes." [2])

---

1) Vergl. die von Rave § 61 angeführten Schriftsteller; insbesondere Leyser med. ad. P. spec. 110 m. 4 welcher den Satz vertheidigt:

Praescriptio servitutum tam positiva quam privativa praeter longum tempus etiam justum titulum requirit

und zum Beleg folgendes Responsum der Helmstädtischen Juristenfacultät vom März 1713 mittheilt: Es schützet die Gemeinde vor, eine Servitut gehe ohne Unterschied per solum non usum decennii verloren und sey hierzu kein titulus vonnöthen. Alldieweil aber zwar unstreitig, daß die Freyheit von einer Servitut binnen 10 oder 20 Jahren präscribirt wird, hingegen zu einer praescriptione ordinaria longi temporis einiger titulus oder, wie Justinianus in l. 12 C de praescr. l. t. redet, bonum initium von nöthen ist, welches, daß es auch in den praescriptionibus servitutum tam positivis quam negativis erfordert werde, aus den beigefügten generalen Worten: eodem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, velut ususfructus et ceterae servitutes deutlich genug erhellet ꝛc.

2) Schon die vorangegangenen Materialien Klein's enthalten den Satz:

§ 65. Wer ein präjudicirliches Recht ohne Widerspruch dessen, welchem dadurch präjudicirt worden, redlicher Weise ausübt, erlangt dessen rechtsgültigen Besitz.

Klein bemerkte dazu:

Dieser § hat großen Einfluß auf die Materie von der Verjährung. Es

Digitized by Google

Suarez bemerkte jedoch dazu:

Dieser § fällt weg; er gehört zur Erwerbung des Eigenthums der Rechte.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 144.

Kircheisen's Entwurf von der Verjährung hatte nun eine ähnliche Bestimmung aufgenommen:

§ 811. „Bei der Erwerbung der Dienstbarkeiten vertritt die Besitzergreifung die Stelle des Titels."

Suarez verwarf jedoch dieselbe mit der Bemerkung:

Diesen Satz halte ich nicht für richtig. Soll eine Servitut per praescr. ordin. erworben werden, so ist auch dazu justus titulus erforderlich.

cf. Hellfeld jurispr. for. § 629 [1]) aliud in praescr. longissimi temporis.

Ebendas. S. 430.

Dieser Ansicht gemäß ist in unserem Landrechte die gewöhnliche Ersitzung der Dienstbarkeiten ganz nach denselben Grundsätzen wie die der körperlichen Sachen behandelt worden. § 579 §§ 620 f. 625 f. Tit. 9 Th. I.

In Verbindung mit der Vorschrift des § IX des Publik. Patentes vom 5. Februar 1794 [2]) folgt aber hieraus von selbst, daß, wenn in

---

fragt sich nämlich, ob bei rebus incorporalibus bona fides sine titulo zur ordinairen Verjährung hinlänglich.

Ich glaube, man müsse hierbei einen Unterschied machen zwischen der Anmaßung eines fremden Rechts und zwischen der Besitznehmung eines neuen Rechts. Fremde Rechte können so wenig als körperliche Sachen sine titulo ein Eigenthum eines Andern werden. Die einem Andern zustehende Braugerechtigkeit muß ich so gut wie sein Brauhaus titulo dominii translativo erhalten. Wenn ich aber neben der Braugerechtigkeit eines Andern mich einer neuen anmaße, oder eine Servitut auf des Andern Eigenthum ausübe: so ist es nicht das Recht eines Andern, was ich mir zueigene, sondern ich will per occupationem vel quasi ein neues Recht erlangen. Wenn nun der, welchen ich durch Ausübung meines Rechts in seiner Freiheit einschränke, sich solches gefallen läßt: so kann zu Erwerbung eines dergleichen Rechts kein anderer actus hinzukommen. Wenn ich aber doch wohl wissentlich, daß mir ein dergleichen Recht nicht zustehe, solches ausübe; so bin ich ein unredlicher Besitzer dieses wider besser Wissen und Gewissen ergriffenen Rechts.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 18, 19.

1) ... Quia jura, et sic quoque servitutes, quasi possidentur, jure praetorio earum aquisitio per quasi possessionem longi temporis est permissa, et recentiori jure magis approbata, ita ut servitus, quae bona fide et justo titulo, per longum tempus, i. e. decem inter praesentes, viginti annos inter absentes, fuit exercita, legitime acquisita censeatur. Deficiente vero titulo, exercitium per 30 annos continuatum requiritur ...

2) „In sofern jedoch nach der Publikation des Landrechts aus einer älteren Handlung oder Begebenheit Prozesse entstehen, und die damals vorhandenen

Digitized by Google

dem jetzigen Geltungsbereiche des Preuß. Landrechts ein Streit über die in die vorlandrechtliche Zeit fallende Ersitzung einer Servitut nach gemeinem Rechte zu entscheiden ist, die aus der früheren gemeinrechtlichen Praxis in das Landrecht übergegangene Meinung, gleichviel, ob sie dem wahren Rechte entspricht oder nicht, [1]) den Ausschlag geben muß.

Dies hat auch unser Ober-Tribunal mehrfach anerkannt:

Erkenntniß vom 6. April 1852 (in Sachen Wilcken wider Bußmann W. 289): Der Kläger beschuldigt den Appellationsrichter der Verletzung des Rechtsgrundsatzes:

daß nach gemeinem Recht ein nicht vitiöser zehnjähriger Besitz, auch wenn kein Erwerbstitel nachgewiesen worden, ausreichend sei, den Servitutenerwerb durch Verjährung zu begründen.

Dieser Angriff ist aber verfehlt. Denn es kann nicht anerkannt werden, daß der behauptete Grundsatz des gemeinen Rechts ein feststehender sei. Vielmehr ist die Frage:

ob zur zehn- und zwanzigjährigen Ersitzung der Servituten ein Titel erforderlich sei,

eine Controverse des gemeinen Rechts. Beispielsweise ist in dieser Beziehung zu bemerken, daß die Frage *verneint* wird von

Pufendorf, Tom. I. obs. 32. Vinnius, select. quaest. Tit. I. qu. 31. Kori, Theorie der Verjähr. § 75,

wogegen die Frage *bejahen*:

Cramer, Nebenstunden Th. 14 Nr. 3. Lauterbach, Colleg. tit. de serv. Nr. 14. Wernher, Tom. I. p. 3 obs. 73. Walch, jus contr. Sect. I. c. 3. § 28. Thibaut, Besitz und Verj. § 36. Rave, Principia univ. doctr. de praescr. § 61, 62. Leyser, spec. 110 m. 4.

Nach § 9 des Publik. Pat. vom 5. Februar 1794, ebenso wie nach § 4 des Pat. vom 9. Septbr. 1814 hat hiernach der Appellationsrichter mit Recht im Mangel eines Titels bloß die dreißigjährige Verjährung für anwendbar erachtet, weil die §§ 620, 621 Tit. 9 Th. I. des A. L. R. dies verordnen.

Erkenntniß vom 19. März 1861: Die Frage über die erwerbende Verjährung der Servituten war lange Zeit und noch bei der Redaction des Allgemeinen Landrechts eine der bestrittensten des gemeinen Rechts.

Nach dem älteren öm ischen Rechte konnten durch usucapio nur *körperliche* Sachen erworben werden; nämlich *unbewegliche*, durch

---

auf den vorliegenden Fall anzuwendenden Gesetze dunkel und zweifelhaft sind; also, daß bisher über den Sinn und die Anwendbarkeit derselben verschiedene Meinungen in den Gerichtshöfen stattgefunden haben: so soll derjenigen Meinung, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt, oder derselben am nächsten kommt, der Vorzug gegeben werden."

1) Vergl. die Abhandlung in diesen „Beiträgen" I S. 1 f.

Digitized by Google

einen sich auf einen justus titulus gestützten, zwei Jahre in gutem Glauben ausgeübten Besitz; bei beweglichen durch einjährigen in gleicher Weise qualificirten Besitz.

Das Gesetz der XII Tafeln (Jac. Gothofredus quatuor fontes jur. civil.) lautet auf der Tafel VI.

Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.

Die Lex Scribonia untersagte überdies noch ausdrücklich die Usucapion der Servituten. — Glück's Pandecten, Bd. 9. I. Abthlg. S. 110. und L. 14. D. de servitut. und L. 10. D. de usurp. et usuc. — Neben der Usucapion entstand, eingeführt durch das prätorische Recht, die praescriptio longi temporis, und die Ausdehnung derselben auf die quasi possessio der Servituten (L. 10. pr. D. si servitut. vindic.), wobei es allerdings eines justus titulus nicht bedurfte, sondern nur des Erfordernisses, daß der Präscribent die Servitut nicht gewaltsam, nicht heimlich und nicht bittweise besessen habe. — Als später neben der Präscription der langen Zeit (von 10 und 20 Jahren), auch noch die praescriptio longissimi temporis als außerordentliche Ersitzung, Geltung (Cod. VII. 39. de praescript. XXX. vel XL annorum) und gesetzliche Anerkennung erlangte, und dadurch eine Rechtsinstitution geschaffen wurde, welche für den Eigenthumserwerb durch nicht titulirten Besitz, eine Zeitdauer von mindestens dreißig Jahren erforderte, mußte sich die Rechtsfrage herausstellen, ob nunmehr, wie es L. 2. Cod. de servit. heißt: „exemplo rerum immobilium tempore," die Erwerbung der Servitut ohne Titel nur durch dreißigjährigen Besitz stattfinden könne, oder ob dazu ein zehn- resp. zwanzigjähriger Besitz genüge? Die Beantwortung derselben wurde um so zweifelhafter, als das canonische Recht im Cap. 1. de praescript. in sexto den Rechtsgrundsatz aufgestellt hatte, daß derjenige, dem das jus commune oder eine rechtliche Präsumtion entgegenstehe, stets einen gerechten Titel oder unvordenklichen Besitz nachweisen müsse, indem bekannten Rechtens derjenige, welcher Rechte auf fremdes Eigenthum beansprucht, die Rechtsvermuthung wider sich hat. Die älteren deutschen Rechtslehrer und die Praxis der Gerichte, entschieden sich — mit Rücksicht auf die Zweifel, welche aus der Fassung der angeführten Gesetzes- (Pandecten) Stellen darüber hervorgehen, ob durch dieselben nur bezweckt sei, der longa possessio prätorischen Schutz zu gewähren — oder eine Erwerbungsart des Rechts für den Besitzer zu statuiren, mit Rücksicht ferner auf die Bestimmungen des Codex über die dreißigjährige Präscription, sowie des Cap. 1. cit. — für die Bejahung der ersten Alternative der obigen Frage, und die Verneinung der zweiten, also dahin, daß die longa possessio ohne Titel zur Erwerbung einer Servitut nicht genüge, dazu vielmehr ein dreißigjähriger Besitz erforderlich sei. —

Lauterbach, Coll. th. pract. Lib. VIII. Tit. 1. §. 14.
Leyser, Meditat. ad pand. spec. CX. medit. 4.
Cramer, Wetzl. Nebenstunden Thl. 14. Nr. 3.
Walch, Contr. jur. civ. Sect. II. Cap. 3. §. 28.
Hellfeld, jurispr. forens. Tom. I. §. 629 und
Glück, Pandecten, Bd. 9. S. 146 b.

Digitized by Google

Dieser Ansicht hatte sich auch die ältere Praxis der höchsten Instanz in Preußen zugewendet — Hymmen's Beitr. Bd. I. S. 24 — wie dieses auch Suarez im Schlußvortrage ad §. 649. des A. L. R. Thl. I. Tit. 9. (v. Kamptz Jahrbücher Bd. 41. S. 15.) bezeugt.

Viele verlangten sogar, unter Zustimmung des Reichs-Kammergerichts (Dabelow über Verjährung Thl. I. S. 413.) unvordenkliche Verjährung für servitutes discontinuae.

Dagegen haben die neueren Juristen, namentlich Mühlenbruch: Lehrbuch der Pandecten Bd. II. §. 293., Arndts Pandecten, 3te Auflage, §. 189., v. Savigny, System des Römischen Rechts Bd. 4. S. 498., — die Ansicht vertreten, daß nach Römischem Rechte ein fehlerfreier Besitz von zehn resp. zwanzig Jahren ohne Titel zur Erwerbung einer Servitut genüge, ohne Unterschied, ob es sich um Erwerbung einer servitus continua — oder discontinua handle.

Diese Controverse ist durch das Allgemeine Landrecht geschlichtet.

Nach §§. 579. und 620 ff. A. L. R. Thl. I. Tit. 9 findet die gewöhnliche Verjährung sowohl eines Rechts, als einer Sache nur statt, wenn der zehn- resp. zwanzigjährige Besitz sich auf einen zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel stützt, — die außergewöhnliche ohne Titel aber erst durch einen vollständigen redlichen dreißigjährigen Besitz. — (§. 625.) —

Es findet sonach die im Publications-Patent des Allgemeinen Landrechts vom 5. Februar 1794 (§. IX.) enthaltene Vorschrift Anwendung. Entscheid. B. 45 S. 175 f.

Die neueren Gesetzgebungen anlangend, so folgt

das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch

in Betreff der gleichen Behandlung der körperlichen Sachen und der Rechte in Beziehung auf die Verjährung den Grundsätzen unseres Landrechts. S. die oben S. 177 f. angeführten Vorschriften.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen erfordert zur Ersitzung der Grunddienstbarkeiten nur Redlichkeit und Fehlerlosigkeit des Besitzes, nicht aber einen Titel,[1]) läßt jedoch nur eine dreißigjährige Ersitzung zu.

Das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch erfordert ebensowenig einen Rechtstitel, indem es bestimmt:

§ 696. „Dergleichen Dienstbarkeiten (nämlich ständige Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen,[2]) können durch

1) § 599. „Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben und fehlerfrei und darf nicht mit Gewalt heimlich oder in Gestattung auf beliebigen Widerruf ausgeübt worden sein. Redlicher Glaube und Fehlerlosigkeit werden vermuthet."

2) Grunddienstbarkeiten entgegengesetzter Art können nach § 691 nur durch Eintragung in dem öffentlichen Grundbuche entstehen. Die Ersitzung kommt hierbei nur in sofern in Betracht, als nach § 694 durch fortgesetzten redlichen Besitz von 10 Jahren der innere Mangel einer solchen Eintragung geheilt wird.

Digitized by Google

zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten redlichen Besitz, auch wenn ein Erwerbstitel nicht vorliegt, ersessen werden." [1])

In ähnlicher Weise (abgesehen von der Zeitbestimmung) verordnet der Code civil:

art. 690. „Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans."

§ 8. Zeitablauf.

Die Ersitzung der Grundgerechtigkeiten erfordert ihrer Natur nach einen während eines gewissen Zeitraums ununterbrochen fortgesetzten Rechtsbesitz. Eine eigentliche Continuität desselben findet aber nur bei denjenigen Dienstbarkeiten statt, welche mit einem Sachbesitze verbunden sind, nämlich durch eine körperliche Einrichtung (z. B. eine Wasserleitung, eine Dachtraufe, einen überragenden Bau) sich darstellen und in dieser ständig fortwirken. [2]) Es sind dies die sog. servitutes continuae. [3]) Hier lassen sich auf die Fortsetzung des Besitzes einfach die bei körperlichen Sachen geltenden Grundsätze anwenden.

---

1) Bluntschli in seinen Erläuter. II S. 172 bemerkt dazu: Anfänglich war angetragen worden, daß nur dem redlichen und rechtmäßigen Besitzer die Ersitzung zu Gute komme. In Anbetracht aber, daß der Bestand der Einrichtung selbst, ohne daß man nach einem besondern Rechtstitel zu fragen brauche, hier gewissermaßen die Stelle des Titels vertreten könne, hielt es die Kommission für genügend, sich mit der Redlichkeit des Besitzes zu begnügen. In manchen Fällen wird überdem aus der einfachen Existenz einer derartigen Anstalt, zumal einer wichtigen und augenfälligen, schon unter Umständen geschlossen werden können, dieselbe beruhe auf einem Vertrag mit dem Eigenthümer, der die Errichtung habe gewähren lassen ...

2) Vergl. Zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch § 691, 695.

3) Mülleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. XIII th. 35 nota a ... Servitus habere dicitur continuam causam vel actualiter, quando quis post unicum actum servitute perpetuo utitur, sine alio ulteriori facto, e. g. postquam semel tignum immisi, per tignum illud continuo possideo, nec ad usum ejus ullum aliud factum requiritur; vel potentialiter, quando non semper actu utor, sed res ita comparata est, ut illa sine facto aliquo uti possim, exemplo stillicidii.

Code civil art. 688... „Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce ..."

Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) II. § 248: Servitutes continuae sind diejenigen Lasten, deren Folgen das dienstbare Grundstück ununterbrochen treffen oder ununterbrochen treffen können, ohne daß es einer auf dem dienstbaren Grundstücke vorzunehmenden Handlung des Berechtigten bedarf... z. B. das Wasserleitungsrecht, das Traufrecht, das Aussichtsrecht.

Digitized by Google

Nicht so einfach steht die Sache bei den s. g. servitutes discontinuae, d. h. denjenigen Dienstbarkeiten, bei welchen jene Voraussetzung nicht zutrifft.[1]) Hier kann es Schwierigkeit machen, die Fortdauer des Besitzes nachzuweisen, weil es an einem greifbaren und bleibenden Kennzeichen dafür fehlt. Es bedarf daher der Nachhülfe des positiven Gesetzes, wenn dasselbe nicht (wie der Code civil)[2]) bei derartigen Servituten jede Ersitzung ausschließt.

Das Preußische Landrecht Th. I Tit. 9 bestimmt nun:

§ 596. „Soll ein Recht, welches gewöhnlich ausgeübt werden kann, durch die ordentliche Verjährung erworben werden, so muß dessen Ausübung nach der Besitzergreifung jährlich wenigstens einmal erfolgt seyn. (§ 649)."

§ 597. „Wird ein dergleichen Recht in einem ganzen Jahr gar nicht ausgeübt, so ruht inzwischen die Verjährung."

§ 598. „Die Jahre, während welcher das Recht geruhet hat, kommen bei Berechnung der Verjährungsfrist nicht in Anschlag."

§ 599. „Wenn der Anfang und das Ende des Besitzes[3]) nachgewiesen ist, so wird vermuthet, daß die Ausübung des besessenen Rechts auch in der Zwischenzeit fortgesetzt worden."

§ 600. „Dagegen ist aber auch über jeden der vorbenannten beiden Zeitpunkte ein besonderer nach Vorschrift der Gesetze vollständig geführter oder erfüllter Beweis erforderlich."

§ 649. „Wenn Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren, oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können, wenigstens zu drei verschiedenen Malen ausgeübt worden, so werden sie durch einen Besitz von Vierzig Jahren erworben."

§ 650. „Dieser Zeitraum wird von dem Tage an gerechnet, darin dergleichen Recht zum erstenmale ausgeübt worden."

Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch enthält nur die Vorschrift:

§ 1471. „Bey Rechten, die selten ausgeübt werden können, z. B. bey dem Rechte, eine Pfründe zu vergeben, oder jemanden bey Herstellung einer Brücke zum Beytrage anzuhalten, muß derjenige, welcher die

---

1) Code civil art. 688 „... Les servitudes discontinues sont celles, qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables."

2) art. 691. „Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'etablir que par titres. La possession même immemoriale ne suffit pas pour les etablir .." Vergl. auch § 691 des Zürcherischen Privatr. s. oben S. 185 Note 2.

3) Soll heißen: „der Besitz am Anfange und am Ende des Verjährungszeitraums. S. die Glossen zu § 599, oben S. 107.

Digitized by Google

Ersitzung behauptet, nebst einem Verlauf von dreißig Jahren, zugleich erweisen, daß der Fall zur Ausübung binnen dieser Zeit wenigstens drey Mal sich ergeben, und er jedes Mal dieses Recht ausgeübt habe."

das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen dagegen folgende Bestimmungen:

§ 594. „Der Besitz der Dienstbarkeit muß während der ganzen Ersitzungszeit ohne Unterbrechung stattgefunden haben; doch gilt dabei Zurechnung des Besitzes der Vorgänger im Eigenthume des herrschenden Grundstückes." [1])

§ 595. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, wird, wenn das Dasein einer solchen am Anfange oder am Ende der Ersitzungszeit dargethan ist, ununterbrochener Besitz während der Zwischenzeit vermuthet."

§ 596. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche dahin gehen, daß auf dem dienenden Grundstücke zum Vortheile des herrschenden Grundstücks etwas unterlassen werde, ist die Ersitzung für vollendet anzusehen, wenn nach der den Besitz einer solchen Dienstbarkeit begründenden Handlung die Ersitzungszeit abgelaufen ist, ohne daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks der Dienstbarkeit entgegengehandelt hat."

§ 597. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden, ist, wenn außer der Ausübung am Anfange und am Ende der Ersitzungszeit noch drei Ausübungen in der Zwischenzeit vorgekommen sind, welche über Jahresfrist von der ersten und letzten Ausübung entfernt und selbst wieder über Jahresfrist auseinander liegen, ununterbrochener Besitz während der ganzen Ersitzungszeit zu vermuthen. [2]) Diese Vermuthung fällt weg, und es wird eine Unterbrechung angenommen, wenn nachgewiesen wird, daß während eines ganzen Jahres, und dafern die Aus-

---

1) In den Motiven (S. 727) ist dazu bemerkt:
Zu § 594 ist zu erwähnen, daß nur die in den folgenden §§ anerkannten Interruptionsgründe Einfluß auf die Ersitzung haben, namentlich aber in Fällen, wo, wie z. B. in Veräußerungs- oder Erbschaftsfällen, der Adquirent von der dem auf ihn übergegangenen Grundstücke zustehenden Dienstbarkeit einige Zeit ohne Kenntniß geblieben ist, und daher die den Inhalt des Rechts bildende Handlung gar nicht oder wenigstens nicht animo possidendi ausgeübt hat, nicht eine Unterbrechung des Besitzes anzunehmen, sondern der angegebene Zwischenraum dem Adquirenten zu gute zu rechnen ist.

2) Vergl. Motive S. 727: In § 577 ist der jetzt angenommenen Dreiactstheorie eine Fünfactstheorie substituirt. Zwar konnte man sich nicht der Hoffnung hingeben, daß dadurch den Bedenken, welche sich gegen die Feststellung einer bestimmten Zahl von Acten erheben lassen, völlig abgeholfen werden würde. Aber soviel glaubte man dadurch zu erreichen, daß damit wenigstens etwas gewonnen und, was die Hauptsache ist, der Beweis der Ersitzung der Dienstbarkeiten, im Verhältnisse zu unserer bisherigen zu milden Praxis, etwas erschwert werden würde.

Digitized by Google

übung der Dienstbarkeit in länger als Jahresfrist regelmäßig wiederkehrt, innerhalb dieses längeren Zeitraums keine Ausübung erfolgt ist."

§ 598. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche nur bei nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden, ist die Ersitzung vollendet, wenn die Dienstbarkeit bei drei Gelegenheiten, zwischen deren erster und letzter mindestens die Ersitzungszeit inneliegt, ausgeübt worden ist. Wird nachgewiesen, daß außer den drei Gelegenheiten noch weitere Gelegenheit in der Zwischenzeit vorhanden gewesen, so ist die Ersitzung für unterbrochen anzusehen, wenn nicht die Benutzung auch dieser Gelegenheit bewiesen werden kann."

Im gemeinen Rechte fehlt es an solchen speziellen Bestimmungen. Es hat daher Theorie und Praxis hier freie Hand behalten, um nachhelfend zu wirken.[1])

Von gemeinrechtlichen Entscheidungen sind folgende anzuführen:

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 23. Juli 1846: Das fernere Erforderniß der Servitutenersitzung, die Continuität des Besitzes während 10 Jahren, kann natürlich bei servitutes discontinuae nicht in einer ununterbrochenen Ausübung der Servitut bestehen, sondern nur in einer Ausübung derselben während der erforderlichen Zeit in der Art, daß wirklich, so oft sich die Ausübung nöthig machte, dieselbe auch vorgenommen wurde, ohne daß willkürliche, längere Zeit hindurch dauernde Unterbrechungen eintraten.

Fr. 14 pr. de servit. (8, 1); Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre Bd. 2 S. 185, 186.

Man kann auch hiebei keineswegs die Meinung als in den Rechten begründet ansehen, daß wie Kori und v. Langenn, Erört. pract. Rechtsfr. Bd. 1 Abh. 2, annehmen, schon drei Besitzhandlungen genügen müßten, welche die Verjährungszeit umfaßten, indem der Besitz in der Mitte zweier erwiesener Besitzhandlungen präsumirt werden müsse. Es muß vielmehr, wie die Quellen ausdrücklich sagen, ein diuturnus usus, eine longi temporis consuetudo vorliegen, um eine Ersitzung zu begründen, also eine wirklich oft und längere Zeit hindurch wiederholte den

---

1) Vergl. Donell, com. de jure civ. Lib. XI. cap. XI.
Rave § 68.
Unterholzner II §§ 214, 216; vergl. auch § 192.
v. Langenn und Kori, Erörter. praktischer Rechtsfragen (2. Ausgabe. Leipzig 1850) Th. I. Nr. II S. 16 ff. (dazu die Rezension Ortloff's in Schunck's Jahrbüchern XII. S. 196 f.)
F. B. Busch im Archiv für die civ. Praxis B. 31 S. 257 f. und Stimme der Praxis S. 74 f.
Th. Muther, die Ersitzung der Servituten (Erlangen 1852) §§ 39—41.
Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X S. 311—314.

Digitized by Google

Charakter einer consuetudo zeigende Ausübung ersichtlich seyn, welch natürlich ebensowenig auf eine bestimmte Zahl von Handlungen gebrach als auf bloße Präsumtion basirt werden kann. [1])

Fr. 10 pr. si serv. vind. (8, 5), const. 1 de servit. (3, 34).

Seuffert, Archiv XIII. Nr. 83.

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 16. Juli 1847: D Quasibesitz der Servituten darf die Verjährungszeit hindurch nicht unter brochen worden sein. Hiermit ist jedoch nicht gesagt, daß der sich a Verjährung Berufende nachweisen müsse, es habe die Ausübung vom An fang bis zum Ende der Verjährungszeit continuirlich stattgefunden. Be servitutibus discontinuis insbesondere, wie bei Weidegerechtigkeiten, i kein beständiges Actualexercitium juris von nöthen, sondern es ist genug, wem man sich in facultate exercendi befindet, mithin die Sache bei jede Gelegenheit ungehindert gebrauchen kann. [2]) Die von dem dominus praedii servientis behauptete Unterbrechung reiht sich ihrer Natur nach den wirklichen Einreden an und muß von dem Asserenten bewiesen werden.

Ebendas. I. Nr. 408 S. 455.

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 29. August 1850: Nach der richtigen Ansicht (Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I S. 589. sub 5) genügt es nicht zum Beweise der ordentlichen Verjährung blos darzuthun, daß das Hutungsrecht zu Anfang und zu Ende der Verjährungsfrist fehlerfrei ausgeübt worden sei, sondern es muß gleichzeitig bewiesen werden, daß die Ausübung des Rechtes auch in der dazwischen liegenden Zeit, also während der ganzen Dauer der Verjährungszeit und zwar in der Weise stattgefunden habe, daß aus den zwischen den einzelnen Besitzhandlungen liegenden Zeiträumen nicht etwa auf ein Aufgeben des Rechts auf Seiten des Klägers geschlossen werden kann. Nun ist zwar durch zwei Zeugen bewiesen, daß die Kammergutsschäfer in den Jahren 1800—1805, 1809—1814 und 1829—1836 die Hammelheerde bei offenem Felde das ganze Jahr hindurch und wenigstens allwöchentlich einmal frei,

---

1) So führt auch Busch im Archiv für die civ. Praxis Bd. 34 S. 257 i. aus: Es müsse eine solche Anzahl wahrer und fehlerfreier Besitzhandlungen dargethan werden, daß der Richter aus deren häufiger, die Verjährungszeit hindurch reichender Ausübung die Ueberzeugung erhält, es könne dieser Zustand seit resp. 10 und 20 Jahren als ein regelmäßig bestehender angenommen werden; m. a. W. es sei ein diuturnus usus, eine longa consuetudo im Sinne der Quellen vorhanden.

Vergl. auch Puchta, Vorles. I S. 365, 366.

2) Vergl. dagegen das Präjudiz des O. A. G. zu Celle vom 31. März 1842: Zum Beweise einer erwerbenden Verjährung von Servituten ist es erforderlich, daß die stattgefundene Ausübung derselben in jedem einzelnen Jahre der Verjährungszeit nachgewiesen werde; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß dieser Grundsatz bei solchen servitut. discontin. keine Anwendung findet, welche ihrer Natur nach nicht in jedem Jahre ausgeübt werden können.

Emminghaus, Corp. jur. German. p. 936.

Ebenso hat das O. A. G. zu Dresden (s. dessen Annalen II. 1. S. 35) ausgesprochen: Zu dem Verjährungserwerbe resp. zur Erhaltung des Quasibesitzes einer Wegegerechtigkeit oder eines ähnlichen jus discontinuum wird im Zweifel mindestens einmalige Ausübung in jedem Jahre erfordert.

Digitized by Google

offen und ungehindert in die Flur Schorba getrieben haben, für die dazwischen liegenden Jahre fehlt es jedoch an einem vollständigen Beweis, indem abgesehen von dem Jahre 1818, für welches gar kein Beweis erbracht ist, für die Jahre 1806, 1807, 1808, 1815—1817 und 1819 bis 1828 nur die Aussagen eines Zeugen vorliegen. Demgemäß war auf den Erfüllungseid zu erkennen und dieser so zu formuliren:

daß von den Pachtern des Kammerguts die Flur Schorba, sobald dieselbe der Hut offen, das ganze Jahr hindurch und zwar mindestens wöchentlich einen Tag seit 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen — — — beweidet worden sei.

Busch, die Stimme der Praxis S. 75, 76.

Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel von 1854: Bei servit. discont. ist zum Beweise der Ersitzung nicht erforderlich, daß alljährlich Besitzhandlungen nachgewiesen werden, jedoch wird, wenn bei derselben Servitut mehrere Grundstücke dienen, vorausgesetzt, daß auf jedem derselben die Servitut so lange und so häufig ausgeübt worden sei, daß ein die Verjährungszeit hindurch fortgesetzter Quasibesitz, jedem der dienenden Grundstücke gegenüber, anzunehmen ist.

Ebendas. S. 75.

Erkenntniß des O. G. zu Wolfenbüttel vom 18./22. Februar 1859: Die Frage, ob erwiesen sey, daß Kläger die gegenüber herzogl. Kammer beanspruchte Gerechtsame, sich das bei allen stattfindenden Hauungen vorkommende Abschlags- und Abfall-Holz anzueignen, durch vierzigjährige Ausübung erworben hätten, ist dahin zu entscheiden: daß wenngleich zur Führung dieses Beweises nicht erforderlich ist, daß in jedem einzelnen solcher vierzig Jahre Besitzacte stattgehabt haben, doch der Nachweis nicht entbehrt werden kann, eines Theils, daß an zwei, wenigstens vierzig Jahre auseinander liegenden Momenten, sowie daß auch innerhalb jener vierzig Jahre eine oder mehrere Hauungen vorgekommen seyen und daß — um die continua possessio darzuthun — bei allen diesen Hauungen Kläger sich das Abfall- und Abschlags-Holz angeeignet haben; andern Theils aber, daß dieses unter Umständen geschehen sey, welche darauf schließen lassen, daß die erwiesenen Ausübungshandlungen von den Klägern nicht etwa Frevels halber vorgenommen seyen, sondern daß sie in der subjectiven Ueberzeugung des ihnen zustehenden Rechtes stattgehabt haben; endlich auch daß durch die Beweisführung keiner der sog. Besitzfehler ersichtlich geworden ist.

Seuffert, Archiv XV. Nr. 206.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 20. September 1859 (in Sachen der kathol. Kirchengemeinde zu Mülheim a. d. R. wider die Ehefrau Brink M. 431):

Der von der Imploranten als Rechtsgrundsatz des gemeinen Rechts aufgestellte Satz ist nur insofern als richtig anzuerkennen, als derselbe dahin geht, daß zum Erweise der Ersitzung einer servitus discontinua nicht der Nachweis erforderlich ist, daß „der Besitz in jedem Jahre ausgeübt" worden, und daß nicht eine bestimmte Anzahl von Besitzhandlungen nachzuweisen ist. Unrichtig dagegen ist jener Satz, insofern darin

Digitized by Google

behauptet wird, daß es zu dem gedachten Erweise genüge, wenn während der 10 resp. 20jährigen Verjährungszeit auch nur einige Besitzhandlungen nachgewiesen würden. Zwar fehlt es nicht an Schriftstellern, welche für eine solche Ansicht angeführt werden können:

Schweppe, Römisches Privatrecht, § 305.
Kritz, Sammlung von Rechtsfällen, Bd. I S. 70.
Langenn und Kori, Erörterungen, Bd. I Nr. 2.
Hurtische Entscheidungen Nr. 425.

Zur vorherrschenden Geltung aber ist die Ansicht gelangt, daß derjenige welcher den Erwerb einer servitus discontinua durch die (10 resp. 20jährige) Verjährung behauptet, dem Richter eine dergestalt fortgesetzte Ausübung derselben nachzuweisen, daß dieser die Ueberzeugung einer für ununterbrochen zu erachtenden Ausübung während des ganzen Zeitraums gewinnt, wenn auch nicht gerade dafür Beweis zu führen ist, daß die Servitut in jedem Jahre ausgeübt worden, und auch darauf, daß eine Gelegenheit unbenutzt geblieben, nichts ankommt.

Busch, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 31 S. 260 ff.
Einert, Zeitschrift für Rechtspflege für das Königreich Sachsen. N. F. II.
Göschen, Vorlesungen II. 1. § 310.
Puchta, Vorlesungen, § 188.
Bangerow, Pandekten I. 35.
Holzschuher, Theorie und Casuistik, Bd. II. S. 290.
Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. X. S. 313.

Diese von den bewährtesten Rechtslehrern angenommene Ansicht findet ihre volle Begründung in den Quellen des römischen Rechts, welche bei dem Erwerb der Servituten durch Verjährung, ohne auf bona fides Rücksicht zu nehmen, nur auf den diuturnus usus, longa consuetudo und longa quasi possessio Gewicht legen, welche bei der servitus discontinua, die nur in einzelnen von einander gesonderten Handlungen ausgeübt wird, nur durch den Nachweis häufig durch den ganzen Verjährungs-Zeitraum hin wiederholter, nicht durch lange dazwischen liegende Perioden getrennter Handlungen dargethan werden kann. Gegen den hiernach zu berichtigenden Rechtsgrundsatz der Implorantin hat der Appellationsrichter nicht gefehlt.

Um den zur Ersitzung der Grundgerechtigkeiten erforderlichen Zeitablauf nachzuweisen, findet unzweifelhaft, gleich wie bei der Ersitzung körperlicher Sachen, accessio possessionis statt.[1])

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom Jahre 1844: Die Meinung von Dabelow Verj. 2. Th. § 107. S. 21 und Glück's IX. S. 153, daß eine accessio possessionis bei Servituten überhaupt nicht statt habe, weil die Ersitzung der Servituten eine eigene für sich bestehende

1) Das Sächsische Gesetzbuch hat dies in dem oben angeführten § 594 ausdrücklich ausgesprochen.

Digitized by Google

Verjährung sei, die weder nach der alten usucapio, noch nach der prätorischen longi temp. praescriptio beurtheilt werden dürfe, ist unrichtig, weil in Beziehung auf Interdicte die Statthaftigkeit der accessio possessionis geradezu ausgesprochen ist, fr. 3. §. 6—10 de itin. (43, 19) und die neueren Rechtslehrer, wie Schweppe, Seuffert, Unterholzner (Verjähr. Lehre), Mühlenbruch, Göschen erklären mit Recht die aus allgemeinen Principien c. 11 C. de pr. long. temp. (VII. 33) l. 14 de divers. temp. (44, 3.) sich ergebende accessio possess. auch bei der erwerbenden Verjährung der Servituten für statthaft, so wie solche bei der unvordenklichen Verjährung um so mehr eintreten muß, als außerdem dieses ganze Institut unmöglich würde, weil es nicht wohl denkbar ist, daß der gegenwärtige Besitzer seit zwei Menschenaltern besessen haben sollte. v. Savigny, System des heut. röm. R. IV. S. 525. Busch, die Stimme der Praxis S. 73.

Diese Translation der Besitzrechte des Vorgängers zum Zwecke der Verjährung ist nicht zu verwechseln mit der von Manchen für zulässig erachteten Ersitzung einer Dienstbarkeit auf Grund eines translativen Titels. [1])

Auch in Betreff der Berechnung der Ersitzungszeit gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Es muß daher (wenigstens nach unserem Recht) zwischen der ersten und der letzten Besitzhandlung der volle Verjährungszeitraum liegen.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 6. Januar 1852 (in Sachen des Forstfiskus gegen Heinr. Glade und Gen. F. 152):

Der Appell.-Richter nimmt an, daß das Hütungsrecht der Kläger gegen den Forstfiskus durch einen rechtsverjährten, unabelhaften Besitz von 44 Jahren erworben sei, berechnet diese Periode (mit Rücksicht auf die französische Zwischenherrschaft) vom 1. Januar 1810 ab rückwärts, stellt demgemäß den Anfang der Präscriptionsfrist in das Jahr 1766 und nimmt für denselben einen vollständigen Beweis an. — Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt den Appell.-Richter einer unrichtigen Berechnung der Verjährungsfrist, indem zwischen dem 1. Mai 1766, an welchem Tage doch die erste Besitzhandlung dieses Jahres nach der eigenen Angabe der Kläger vorgekommen sein müßte, bis zum Abschlusse der Weidezeit des Jahres 1809 keine vollen 44 Kalenderjahre verflossen seien. Die Beschwerde ist auch begründet. Aus den §§ 599 und 600, verbunden mit § 650 Tit. 9 Th. I des Allgemeinen Landrechts, geht unzweifelhaft hervor, daß jeder — sowohl der gewöhnliche als der außergewöhnliche — Verjährungszeitraum von einer bestimmten Besitzhandlung der betreffenden Person ab berechnet werden muß, die Verjährungsfrist also mit einem in sich gewissen Termine beginnt, und in eben der Weise abgeschlossen sein soll. Ueber den Anfang und das Ende des Besitzes, und

1) Vergl. hierüber die Abhandlung von Korte in diesen „Beiträgen" I S. 401 f., desgl. Rechtsfälle des Ober-Trib. III. S. 43. Thöne, Fundamentallehren II. S. 521.

Digitized by Google

zwar über jeden dieser beiden Zeitpunkte, ist ein besonderer Beweis erforderlich — für die Ausübung in der Zwischenzeit streitet alsdann die Vermuthung; sofern nicht etwa erwiesen würde, daß solche ein ganzes Jahr hindurch unterblieben wäre, in welchem Falle der Lauf der Verjährung nach §§ 597, 598 a. a. O. ruht. — Wenn nun der Appell.-Richter die Verjährungsfrist vom Jahre 1766 bis 1810 berechnet, so kann nach seiner eigenen faktischen Feststellung über die Ausübung des Hütungsrechts die erste Besitzhandlung nur am 1. Mai 1766 und die letzte am 10. November 1809 angenommen werden, womit allerdings 44 einzelne Jahres-Hütungsperioden erfüllt sind, keineswegs aber das, was das Gesetz erfordert, nämlich die Ausübung des Hütungsrechtes innerhalb einer Frist von 44 Kalenderjahren, die durch ganz bestimmte Besitzhandlungen bezeichnet und begrenzt sind, erwiesen worden ist.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 3. Oktober 1861 (in Sachen Joh. Hecker wider H. P. Dieckmann H. 1138). Der zweite Richter erachtet die dreißigjährige Verjährung für erforderlich und für genügend. Er verlegt den Anfangspunkt derselben in das Jahr 1820, insbesondere anführend, daß der früheste Anfangspunkt mit dem 5. August 1820 habe beginnen können. Die kritische Zeit wird hiernach vom Jahre 1820 bis zum Jahre 1850 gesetzt. — Implorant beschuldigt den Richter der Verletzung der §§ 599, 600 und 596 Tit. 9 Th. I A. L. R. Er geht davon aus, daß die Eidesnorm das Jahr 1850 hätte mit umfassen sollen, während der Richter nur bis zu diesem Jahre den Beweis für erheblich halte. — Dieser Angriff ist gegründet. Wenn die Verjährung im Jahre 1820 anfängt, so wird sie erst im Jahre 1850 vollendet. Der Ausdruck: „bis zum Jahre 1850" schließt aber dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zufolge das Jahr 1850 aus. Daß der Richter sich dieses Ausdruckes in dem ungewöhnlichen Sinne, wonach das Jahr 1850 für eingeschlossen zu erachten wäre, bedient habe, ist um so weniger anzunehmen, als die erste Entscheidung lediglich bestätigt wird, der erste Richter aber klar ausspricht, daß es auf die Ausübung der Wegegerechtigkeit seit dem Jahre 1850 nicht ankomme. Der Appell.-Richter hat demnach allerdings die §§ 599 und 600 a. a. O. verletzt, indem er die Verjährung für vollendet annimmt, ohne daß der Endpunkt der Verjährungsfrist nachgewiesen ist.

Dagegen schadet es nicht, wenn die Zwischenzeit von der ersten bis zur letzten Besitzhandlung einen längeren als den zur Ersitzung erforderlichen Zeitraum umfaßt.

Präjudiz desselben Gerichtshofes vom 20. Dezember 1849 Nr. 2166: Wenn der Anfang und das Ende des Besitzes nachgewiesen ist, tritt die Vermuthung, daß die Ausübung des besessenen Rechts in der Zwischenzeit fortgesetzt worden, der Regel nach auch dann ein, wenn der Zeitraum zwischen beiden Besitzhandlungen am Anfange und Ende länger ist, als die zur Vollendung der Verjährung in dem vorliegenden Falle gerade ausreichende Zeitfrist. [1])

Entscheid. B. 19 S. 139 f.

1) Vergl. Erkenntniß vom 30. Septbr. 1856 in Striethorst, Archiv B. 22 S. 215 f.

Digitized by Google

§ 9. Unterbrechung der Ersitzung.

Die Unterbrechung der Servituten-Ersitzung [1]) steht im allgemeinen unter den gewöhnlichen Grundsätzen.

Von besonderer Bedeutung erscheint hierbei die Frage:

in wiefern eine solche Unterbrechung durch eine der Rechtsausübung entgegengesetzte außergerichtliche Thätigkeit herbeigeführt wird.

Hierüber verbreiten sich folgende Rechtssprüche:

Senatus Sabaudiae mense Febr. 1590: Non ex eo solo interruptus dici potest usus servitutis, quod is, qui per fundum tuum ire agere solebat, verbo prohibitus aliquando sit, ne ageret, si modo ire agere non destiterit. Requiritur enim contradictio judicialis, aut quae factis, non verbis testata sit. Alioqui praebet ea res potius materiam inchoandae praescriptionis, cum ab eo saltem tempore non possit videri clam aut precario servitute usus, qui te invito usus est: at ne vi quidem, cum in sui juris quasi possessione perstiterit.

Codex Fabrianus Lib. III. tit. XXIV. defin. 1.

Idem mense Novembr. 1594: Dici solet interrumpi praescriptionem servitutis naturaliter per contradictionem et prohibitionem ejus, adversus quem praescribebatur, sed id tamen intelligi debet, si prohibitio effectum habuerit. Alioqui si prohibitus in servitute perseveraverit, tanto fortius erit jus praescribentis.

Eodem defin. 10.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 23. Mai 1850: Allerdings reicht nicht jeder Widerspruch hin, eine bereits begonnene Verjährung zu unterbrechen. Dieser Satz darf aber nicht so weit ausgedehnt werden, daß er auch auf Fälle (wie der vorliegende) Anwendung erhält, wo mehrere Zeugen, deren Aussagen bis auf gegen 50 Jahre vor ihrer Abhörung zurück sich erstrecken, versichern, es hätten die Besitzer des angeblichen fundus serviens das von dem Besitzer des angeblichen fundus dominans beanspruchte Fahren über jenes Grundstück stets verboten, es nicht geschehen lassen und sich ihm stets widersetzt, so oft sie dazu gekommen wären, und wo überdieß noch aus den Aussagen dieser Zeugen abzunehmen ist, daß es bei der Ausführung des Fahrens an der Ueberzeugung einer Berechtigung dazu fehlte, daß die Verbote zeitweilig die Wiederholung

---

1) Vergl. Unterholzner II § 214.

v. Langenn und Kori, Erörterung praktischer Rechtsfragen Th. 2 Nr. X: Wird die erwerbende Verjährung der Servituten und ähnlicher Rechte durch den bloßen, außergerichtlichen, wörtlich oder thätlich erklärten Widerspruch gegen die Besitzhandlungen des Verjährenden und selbst dann unterbrochen, wenn der thätliche Widerspruch nicht in einer Verhinderung der Besitzhandlung bestanden hat?

Busch, die Stimme der Praxis. S. 77 f. — Vergl. auch die Glossen zu §§ 601 bis 612 Tit. 9 Th. I A. L. R. (oben S. 109 f.)

Digitized by Google

des Fahrens über das Feld wirklich hinderten, und in Beachtung dieser Verbote auf einem andern Wege gefahren wurde. — Wird (von dem sächsischen Gerichtsgebrauche) angenommen, es werde die Verjährung eines Wegbefugniß durch das Vorziehen eines Schlagbaums oder Grabens, wie die Verjährung einer Hütungsbefugniß durch das Hinwegtreiben des Viehes unterbrochen, und ist unbezweifelt eine Verjährungsunterbrechung dann vorhanden, wenn der bei dem Fahren über das fremde Feld Betroffene auf den Widerspruch des Eigenthümers wieder umkehrt, so muß es dem offenbar gleich stehen, wenn der Fahrende zwar nicht sofort zum Umkehren genöthigt wird, doch in Folge des Widerspruches zeitweilig die Wiederholung des Fahrens über das fremde Grundstück unterläßt und auf einem anderen Wege fährt. So wie solchenfalls eine wirkliche Besitzentsetzung vorliegt, so fehlt auch bei den etwaigen späteren Besitzhandlungen das Erforderniß der bona fides; ebenso wie in dem Falle, wenn der Fahrende auf den Widerspruch des Eigenthümers sofort umkehrt und später das Fahren auf dem fremden Grundstücke wieder unternimmt.

Seuffert, Archiv IV Nr. 15.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 27. Oktbr. 1851: Eine Unterbrechung der Servituten-Verjährung wird schon durch jeden in Wort und That dem vermeintlich Berechtigten gegenüber erhobenen Widerspruch begründet, indem ein solcher die betreffenden Besitzhandlungen zu gewaltsamen macht, insofern nämlich hier der Ausdruck vis nicht in dem strengen bei dem römischen interdictum unde vi zu Grunde liegenden, übrigens nicht einmal bei der jetzigen Spolienklage noch unbedingt festzuhaltenden Sinne einer s. g. vis atrox, sondern nur in der weiteren Bedeutung des interd. quod vi aut clam genommen werden kann, nun aber bei letzterem nach klarer Vorschrift der Gesetze

vgl. fr. 1 §. 5—9; fr. 20 §. 1 quod vi aut clam (43, 24), fr. 37 §. 2 de reg. jur.

schon dasjenige als vi factum erachtet wird, was gegen ein Verbot, gleichviel ob formloses oder förmliches, durch die That oder durch Worte kundgegebenes, geschieht.

Ebendas. VI Nr. 154.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 15. Juni 1855: Es handelte sich darum, ob Beklagter am Grundstück des Klägers eine Wegeservitut durch Verjährung erworben habe. Die Gegenbeweiszeugen des Klägers hatten die Existenz zweier Schlagbäume auf dem fraglichen Wege bezeugt. Hiernach wurde aber oberstrichterlich gegen den Beklagten erkannt. In den Motiven heißt es:

„Schon nach römischem Rechte wird diejenige Besitzhandlung als gewaltsam angesehen, welche einem vorhergegangenen Verbote oder Widerspruche zuwiderläuft.

Fr. 1 §. 5, 6, 7, 9, fr. 20 §. 1 quod vi aut clam (43, 24); fr. 73 § 2 de R. J. (50, 17.)

Das canonische Recht gestattet bekanntlich überhaupt keine Verjährung ohne bona fides,

cap. 5, 19, 20, X. de praescr. (2, 16),

Digitized by Google

und ebenso findet das Princip, daß eine den Anfang der Verjährung hindernde mala fides dann vorhanden sey, wenn der Verjährende gewußt, daß ihm kein Recht zur Ausübung der Besitzhandlung zustehe, in den sächsischen Gesetzen Anwendung ..... Demgemäß hat auch das O. A. G. bei Streitigkeiten über eine Wegegerechtigkeit, wenn der Grundstückseigenthümer der Ausübung des Befugnisses durch Vorziehung von Gräben ein Hinderniß entgegen zu setzen gesucht hatte, der Verjährende aber sich dadurch in der Fortsetzung des Fahrens nicht hatte behindern lassen, die nachher vorgenommenen Besitzhandlungen wiederholt als fehlerhafte, für die Verjährung ungeeignete gehalten, und den Beweis des Befugnisses für mißlungen erachtet."

Ebendas. X Nr. 235.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 24. Oktober 1861: Die auf einem Grundstücke, auf welchem seither der Quasibesitz einer Wegegerechtigkeit ausgeübt worden ist, errichteten Anlagen, welche zu ihrer Herstellung und Beseitigung eine geringe Mühe erheischen, z. B. die Errichtung von Schlagbäumen, Zäunen, Stein- und Erddämmen oder Gräben, können als förmliche Besitzentsetzung, welche für den Verletzten den Verlust der summarischen Besitzklage herbeiführt, nicht angesehen werden, weil der Schutz, den diese Klage demjenigen, der den jüngsten ruhigen Besitz nachweist, gewährt, nicht dadurch vereitelt werden kann, daß später der Gegner eine die Ausübung des Quasibesitzes hindernde, mit geringem Kostenaufwande zu beseitigende Anlage gemacht hat, deren Herstellung einen so kurzen Zeitaufwand erfordert, daß der Berechtigte, welchem der Natur der Sache nach eine fortwährende Beaufsichtigung des verpflichteten Grundstücks unmöglich ist, derselben nicht einmal zu widersprechen oder solche zu hindern vermag. ...

Ebendas. XVI. Nr. 13.

Eine andere Frage ist:

inwiefern das eigene Verhalten des Ersitzenden eine Unterbrechung der begonnenen Ersitzung bewirkt.

Unser Landrecht unterscheidet in dieser Beziehung zwischen

„Rechten, welche gewöhnlich ausgeübt werden können"

und solchen

„Rechten, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren, oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können."

In Betreff der Rechte ersterer Art bestimmt dasselbe Th. I. Tit. 9:

§ 597. „Wird ein dergleichen Recht in einem ganzen Jahre gar nicht ausgeübt, so ruht inzwischen die Verjährung."

§ 598. „Die Jahre, während welcher das Recht geruht hat, kommen bei Berechnung der Verjährungsfrist nicht mit in Anschlag."

Digitized by Google

In Betreff der Rechte letzterer Art ebendaselbst:

§ 651. „Wird eine Gelegenheit nachgewiesen, bei welcher das Recht ausgeübt werden können, und die Ausübung dennoch unterblieben ist, so ist auch diese Art der Verjährung für unterbrochen zu achten."

§ 652. „Sie muß also von derjenigen Gelegenheit, wo das Recht wiederum ausgeübt worden, von neuem angefangen werden."

§ 653. „Hat jedoch derjenige, welcher das Recht sich anmaßt, bei der unterlassenen Ausübung ausdrücklich erklärt, daß er dieselbe nicht aus Mangel der Befugniß, sondern nur aus Gunst und Nachsicht gegen den Verpflichteten unterlasse, so ist die Verjährung nicht für unterbrochen zu achten, sondern ein dergleichen Fall wird für einen solchen, der sich gar nicht ereignet hat, angesehen."

§ 654. „Hat der Verpflichtete die Erklärung des Berechtigten, daß er die Ausübung des Rechts bloß aus Gunst und Nachsicht unterlasse, für bekannt angenommen, so hat dieses eben die Wirkung, als wenn das Recht auch in diesem Falle wirklich ausgeübt worden wäre." [1])

Die neueren Gesetzgebungen kennen eine solche praescriptio dormiens, wie sie das Preuß. Recht rücksichtlich der erstgedachten Dienstbarkeitsrechte in den §§ 597, 598 geschaffen hat, gar nicht. Insbesondere verordnet das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 597. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden, ist, wenn außer der Ausübung am Anfange und am Ende der Ersitzungszeit noch drei Ausübungen in der Zwischenzeit vorgekommen sind, welche über Jahresfrist von der ersten und letzten Ausübung entfernt und selbst wieder über Jahresfrist auseinander liegen, ununterbrochener Besitz während

---

1) Die §§ 653, 654 verdanken ihre Entstehung dem Antrage einiger Monenten, welche die Ausnahme beigefügt wissen wollten, daß die unterlassene Ausübung bei einer vorgekommenen Gelegenheit die Präscription nicht unterbreche, wenn sonstige Ursachen dieser Unterlassung nachgewiesen werden könnten.

Suarez trat diesem Vorschlage mit der Bemerkung entgegen: „Das Gesetz supponirt, daß das Recht habe ausgeübt werden können, und die Ausübung dennoch unterblieben sei. Mehr kann, meines Erachtens, nicht nachgegeben werden. Denn wer, unter dieser Voraussetzung, die Ausübung des Rechts dennoch unterläßt, der ist entweder nachläßig (und dann verdient er keine Begünstigung), oder er gibt zu erkennen, daß er sich zur Ausübung nicht für befugt halte. Dies involvirt eine Agnition der Unbefugniß der vorhergehenden Ausübung; es ist also natürlich, daß er diese nicht mehr allegiren kann, sondern die Präscription von neuem anfangen muß. Der Fall kann ohnehin nur bei juribus in re aliena vorkommen."

Es wurde aber concludirt:

„Wenn in einem Falle die Verjährung bloß in favorem des Verpflichteten unterlassen, und solches ausdrücklich erklärt worden, so wird der Fall nicht gerechnet. Hat der Verpflichtete verbis vel factis die Erklärung acceptirt, so wird das Recht für anerkannt geachtet."

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 555, 556.

Digitized by Google

der ganzen Ersitzungszeit zu vermuthen. Diese Vermuthung fällt weg, und es wird eine Unterbrechung angenommen, wenn nachgewiesen wird, daß während eines ganzen Jahres, und dafern die Ausübung der Dienstbarkeit in länger als Jahresfrist regelmäßig wiederkehrt, innerhalb dieses längeren Zeitraumes keine Ausübung erfolgt ist." [1])

In Uebereinstimmung mit unserm Landrechte wird dann weiter bestimmt:

§ 598. „Bei Grunddienstbarkeiten, welche nur bei nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden, ist die Ersitzung vollendet, wenn die Dienstbarkeit bei drei Gelegenheiten, zwischen deren erster und letzter mindestens die Ersitzungszeit inne liegt, ausgeübt worden ist. Wird nachgewiesen, daß außer den drei Gelegenheiten noch weitere Gelegenheit in der Zwischenzeit vorhanden gewesen, so ist die Ersitzung für unterbrochen anzusehen, wenn nicht die Benutzung auch dieser Gelegenheit bewiesen werden kann."

§ 10. Zeitdauer der Ersitzung.

Nach gemeinem Rechte erfordert die Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte in den gewöhnlichen Fällen — also der Regel nach — einen Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren, wobei der Unterschied zwischen Anwesenheit oder Abwesenheit gerade so einwirkt, wie bei der longi temporis praescriptio. Außerdem gilt noch eine dreißig- und mehrjährige Verjährung, welche bei denjenigen Gegenständen, die der zehn- und

---

1) In den Motiven S. 727 wird dazu bemerkt: Die am Schlusse des § 597 erwähnte Unterbrechung tritt ein, wenn selbst die vorangegebenen Besitzhandlungen in Gewißheit beruhen; sie bewirkt, daß den vorhergegangenen Besitzhandlungen jeder Effect entzogen wird, und nur noch eine neue Ersitzung beginnen kann.

Die Unterbrechung hat übrigens der Eigenthümer des fundus serviens zu beweisen, weil der Beweis der Besitzhandlungen eine rechtliche Vermuthung für die Fortdauer des Besitzes begründet.

Vergl. übrigens das Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden (in der Sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XIV S. 186) worin ausgesprochen wird: Zum Verjährungserwerbe einer Wegegerechtigkeit ist es nicht erforderlich, daß der Erwerbende während der Verjährungsfrist jede sich darbietende Gelegenheit zum Gebrauche benutzt habe.

So hat auch das App.-Ger. zu Leipzig angenommen:

Der Umstand, daß der Erwerber die Gelegenheit (zur Ausübung einer Wegegerechtigkeit) zuweilen unbenutzt gelassen, schadet ihm nur dann, wenn die Unterlassung unter Umständen erfolgt ist, welche auf eine Aufgabe des Rechts mit voller Gewißheit schließen läßt.

v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfragen Nr. 473.

Digitized by Google

zwanzigjährigen Verjährung entzogen sind, als Hülfsverjährung eintritt. [1])

So hat sich auch die Praxis festgestellt.

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 16. Juli 1847: Die auf unbestimmte Ausdrücke in Pandektenstellen gegründete Ansicht, es sei dem Ermessen des Richters zu überlassen, ob die zur Annahme der longae possessionis praerogativa erforderliche Zeit im gegebenen Falle abgelaufen,[2]) ist im Hinblick auf l. 12 C. de praesc. l. t. (7, 33), insbesondere auf die Schlußstelle, zu verwerfen, und dagegen der gemeinen Meinung, welche die Bestimmung des Zeitraums von 10 und 20 Jahren auch auf Servituten-Ersitzung bezieht, beizupflichten.

Seuffert, Archiv I. Nr. 408.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 9. Juli 1849: Puchta, Pandekten § 188 Not. m. erklärt es für einen Irrthum, als gebe es eine außerordentliche Ersitzung der Servituten von 30 und mehreren Jahren, und in dessen Vorlesungen I. S. 364 wird als Grund hiefür angegeben, daß die Usucapionsfähigkeit sich nur auf die Eigenthumserfitzung bezieht; während

Schweppe, röm. Privatr. II. S. 210.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts. II. S. 171.
Seuffert, praktisches Pandectenrecht. § 175

der Ansicht sind, daß an Sachen, deren Eigenthum erst in 30 und 40 Jahren ersessen werden kann, auch Servituten durch Ersitzung erst nach gleicher Frist erworben werden.

Die Servitutenverjährung ist überhaupt nach Analogie der Eigenthumsverjährung eingeführt, wie es in l. 2 C. de serv. et aqua (3, 34) ausdrücklich heißt:

servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti,

und es ist durchaus kein Grund abzusehen, den besonders von dem Gesetze begünstigten Sachen oder Personen die bezüglich der Eigenthumsverjährung ausgesprochene Begünstigung nicht auch bezüglich der Servitutenverjährung einzuräumen, wie denn l. 5 C. in quib. caus. (2, 41) ausdrücklich für alle Fälle der temporales praescriptiones das Privilegium in Bezug auf Minderjährige und in Nov. 131 c. 6 bezüglich der Kirchen und milden Stiftungen sanctionirt ist.

Ebendas. V. Nr. 144.

---

1) Vergl. Unterholzner II § 198—206. § 213.

2) Zimmern, Ueber langjährige Ersitzung der jura in re (in seinen und Neustetel's Römisch-rechtl. Untersuchungen I. Heidelb. 1821. S. 102—133)
Dagegen Thibaut im Archiv für die civil. Praxis V S. 323—330, welcher sehr richtig sagt (S. 325): „Das Verweisen auf richterliches Ermessen hat seinen guten Sinn, wenn man dabei dem Richter ein leitendes Princip geben kann, wie z. B. wenn man sagt: ein kleiner, nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden. Allein sinnlos wird die richterliche Willkür, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt."
Vergl. Unterholzner II § 199.
Theod. Muther, die Ersitzung der Servit. S. 38—40.

Digitized by Google

Der Unterschied zwischen servitutes continuae und discontinuae hat auf die Dauer der Ersitzungszeit keinen Einfluß. [1])

Mevii com. in Jus Lub. P. III. tit. XII art. VIII Nr. 8: Licet a plerisque distinguatur inter servitutes continuam atque discontinuam causam habentes, atque in his cum factum hominis requirant, nec perpetuum usum sed interpellatis vicibus saltem habeant, tanti temporis, cujus initium memoriam hominum excedat, praescriptio requiratur, quam communem esse DD. sententiam testantur Mysinger cent. 4 obs. 53, Schneidewind ad § ult. n. 15 J. de serv. n. 5, Covarr. lib. 1 var. resol. c. 17 n. 11, verius tamen sine distinctione illa longi temporis praescriptio in servitutibus admittitur, uti pulchre demonstratum vide apud Donell. lib. 11 com. jur. civ. cap. 11 ibid. Hilliger, Wesenbec in Parat. Dig. de serv. n. 5, Connan. lib. 4 concl. cap. 12. Meyer in coll. Argent. lib. 8 tit. 1 th. 38 sqq., Ant. Faber L. 19 conj.

In foro Saxonico sine ullo discrimine omnes servitutes tringinta annis cum anno et die praescribuntur Land-R. lib. 1. art. 29 ib. Gloss. Math. Coler. in cap. de quarta n. 68 de Praescript.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart: Die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche zum Verjährungserwerb von Dienstbarkeiten, deren Ausübung (wie z. B. Laubrechen u. Viehweide) nur zu gewissen Zeiten möglich ist, schlechthin die unvordenkliche Verjährung erfordern, ist nicht zu billigen, indem die Unterscheidung zwischen den s. g. servitutibus continuis und discontinuis bezüglich des Erwerbes durch Zeitablauf in den Gesetzen nicht vorkommt. Daher muß man annehmen, daß zu Erwerbung von beiderlei gedachten Arten von Servituten durch Verjährung ohne allen Unterschied die praescriptio definiti temporis auch in Ermangelung eines Titels hinreichend sei. [2])

Seuffert, Archiv I. Nr. 178.

Präjudiz des Ober-Trib. zu Berlin vom 9. October 1840, Nr. 922: Die Frage, ob nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts solche Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, und namentlich servitutes discontinuae zur Erwerbung derselben durch Verjährung, bei dem Abgange eines besonderen Titels, einen Immemorialbesitz erfordern, oder der Nachweis eines 30jährigen Besitzes genüge, kann nicht für kontrovers erachtet, sondern es muß angenommen werden, daß ein 30jähriger Besitz genüge. — Bei Entscheidung derselben ist es daher unzulässig, nach dem § IX des Publ. Pat. vom 5. Febr. 1794 auf die Vorschrift des A. L. R. I. 9. § 649 zu rekurriren.

Präj. Samml. S. 44.

---

1) Vergl. Unterholzner 1 §§ 141, 142.

2) Eine Praxis für die entgegengesetzte Ansicht hat sich bei dem O. A. G. zu Cassel festgestellt.
Pfeiffer, prakt. Ausführ. II S. 114 f., VII S. 254 f.

Digitized by Google

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 12. Juli 1853: Die Imploranten führen aus: eine servitus discontinua sei nach l. 3 § 4 de aqua quot. l. 26 de aqua et aqu. pl. a. und l. 1 de praescr. in VIto im Mangel eines Titels nur durch unvordenkliche Verjährung zu erwerben. Hieran hätten nicht nur die älteren Rechtslehrer, sondern auch das Reichs-Kammer-Gericht stets festgehalten, es müsse daher, sofern nicht ein entgegenstehender Gerichtsgebrauch nachgewiesen sei, dabei verbleiben. Jedenfalls habe sich jener Grundsatz durch allgemeines Gewohnheitsrecht zu dem in Deutschland herrschenden erhoben.

Vergl. Glossa Quaesisti in l. 2 C. de serv. und forte tot in l. 10 si serv.; Glück, Pandekten B. 9 S. 148, namentlich aber Pfeiffer, Praktische Ausführ. II S. 114.

Die aufgestellte Ansicht wird aber durch die angeführten Stellen des röm. Rechts nicht bestätigt; vielmehr kommt die s. g. Immemorial-Präscription nach den Grundsätzen des röm. R. nur in drei Anwendungen vor, und zwar als Surrogat der Acquisitiv-Verjährung bei Rechten, auf welche ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart nach die eigentliche Verjährung nicht anwendbar ist.

Savigny, Syst. IV. S. 484, 485.

Die Uebertragung der Erfordernisse der Immemorial-Präscription auf discontinuirliche Servituten ist zwar in einzelnen Landrechten vermöge positiver Bestimmungen sanktionirt, auch bei dem Reichs-Kammer-Gerichte und einigen höchsten Landgerichten auf Grund des röm. Rechts diese Art der Verjährung für nothwendig erachtet worden; andere deutsche Gerichte haben jedoch eine solche Anwendung ausdrücklich verworfen, mithin läßt sich ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht nicht behaupten.

Striethorst, Archiv B. 10 S. 95, 96.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 19. Juni 1855: Alle Rechtslehrer sind gegenwärtig darin einig, daß nach röm. Rechte zur Ersitzung einer Servitut, ohne Unterschied, ob sie continua oder discontinua ist, ein fehlerfreier Besitz von 10 resp. 20 Jahren ausreicht. Glück, B. 9 S. 148 f. Savigny Syst. B. 4 S. 498 f. Ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, wonach nur allein die Immemorial-Verjährung zur Ersitzung einer servitus discontinua geeignet ist, läßt sich nicht nachweisen. Vielmehr kann die aus Cap. I de praescr. in VIto (2, 13) abgeleitete und in älterer Zeit schon seit der Glosse fast allgemein gewesene, auch von dem Reichs-K.-G. angenommene Meinung, als könne eine servitus discontinua beim Mangel eines justus titulus nur durch Immemorial-Verjährung erworben werden, durch l. 14 pr. de serv. (8, 1) l. 1 § 23 l. 2 pr. de aqua et aquae pl. a. (39, 3), l. 3 § 4 de aqua quot. (43, 20) nicht als gerechtfertigt betrachtet werden. Soviel ist aber gewiß, daß über diesen Punkt eine gemeinrechtliche Controverse besteht, oder doch sehr lange Zeit hindurch bestanden hat, daß sich auch die entgegengesetzte Ansicht in den röm. Gesetzesstellen l. 10 pr. si serv. vind. (8, 5), l. 1 u. 2 C. de serv. et aqua (3. 34), l. 12 C. de praesc. l. t. (7, 33) keineswegs völlig unzweifelhaft ausgesprochen findet. Wenn sich daher der Gerichts-

Digitized by Google

gebrauch eines Landes für die Nothwendigkeit der Immemorial-Verjähr. entschieden hat, so läßt sich von einem solchen Gerichtsgebrauche nicht sagen, daß derselbe wider klare Gesetze verstoße... [1])

Entscheid. des Ob. Trib. B. 32 S. 47—59.

Das Preußische Recht macht in Betreff des Zeitraumes der Ersitzung keinen Unterschied zwischen körperlichen Sachen und Rechten. Es gilt daher auch für die Grundgerechtigkeiten die gewöhnliche Ersitzungszeit, nämlich

a) von zehn Jahren beim Vorhandensein eines zur Erlangung des Rechts an sich geschickten Titels, unter Verkürzung der Jahre der Abwesenheit dessen, gegen welchen verjährt werden soll, auf die Hälfte; [2])

b) von dreißig Jahren bei Ermangelung eines Titels; [3]). ebenso die ungewöhnliche Ersitzungszeit von vier und vierzig Jahren gegen den Fiskus, die Kirchen und gleichberechtigten Corporationen, und zwar ohne Unterschied, ob der Besitz sich auf einen Titel gründe oder nicht. [4])

Nur in Ansehung solcher „Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können," hat das Landrecht, wie die oben im § 8 angeführten Vorschriften ergeben, eine eigenthümliche Ersitzungsart von vierzig Jahren an Stelle der von älteren Praktikern angenommenen Immemorial-Verjährung geschaffen. [5])

Es ist daher für die preußische Praxis von Wichtigkeit, diejenigen Rechte näher festzustellen, welche unter jene Ersitzungsart fallen.

Dies ist in folgenden Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofes geschehen:

---

1) Weiterhin wird ausgeführt, daß für Neu-Vorpommern und Rügen ein solcher Gerichtsgebrauch bestehe und daher für die Gerichte verbindende Kraft habe.

2) §§ 579, 620, 621 Tit. 9 Th. I.

3) §§ 625 f. a. a. O.

4) §§ 629, 630 ebendas.

5) Suarez sagt in seinen amtlichen Vorträgen:

Bei servitutibus discontinuis ist ein großer Streit zwischen den Rechtslehrern: ob dieselben praescriptione tricennali oder nur immemoriali erworben werden.

Mev. p. IX. dec. 164.

Es ist hier der Mittelweg von 40 Jahren angenommen, welches um so unbedenklicher zu sein scheint, da unsere Praxis sich mehr auf die Seite der 30jährigen Präscription neigt, die praescriptio immemorialis aber die Billigkeit und die Auctorität der Reichsgerichte für sich hat.

Simon und v. Strampff, Materialien S. 595.

Digitized by Google

Erkenntniß vom 20. April 1852 Präjudiz 2369: „Ist ein Recht von solcher Beschaffenheit, daß es nicht völlig von der Willkür des Berechtigten abhängt, dasselbe alljährlich oder gewöhnlich auszuüben, sondern daß die Ausübung nur bei gewissen — durch andere, außerhalb der Willkür des Berechtigten liegende Umstände herbeigeführten Gelegenheiten erfolgen kann, so bleibt die Ersitzung von 40 Jahren zum Erwerbe dieses Rechts auch dann erforderlich, wenngleich nachgewiesen werden kann, daß ein solches Recht während 30 Jahren alljährlich ausgeübt worden."

In den Motiven wird gesagt:

Aus den Materialien des Allg. Landrechts erhellt, daß man bei Redaction der §§ 649, 651 Tit. 9 Th. I. eine Prüfung der Ansichten über die Verjährung der jura discontinua nach gemeinem Rechte vorausgesandt hatte.

Aber es würde sich nicht rechtfertigen, wenn man die im § 649 genannten Rechte schlechthin für gleichbedeutend mit den juribus discontinuis des gemeinen Rechts betrachten wollte. So betrachtet z. B. das röm. Recht die Wegegerechtigkeit als eine servitus discontinua (l. 14 pr. D. de serv.) Man hat überhaupt zwei Klassen der jura discontinua zu unterscheiden:

1) solche, deren Ausübung ganz von der Willkür des Berechtigten, nicht aber von gewissen außerhalb derselben befindlichen Umständen abhängt, z. B. die Wegegerechtigkeit;

2) dergleichen Rechte, welche so beschaffen sind, daß ihre Ausübung nicht völlig von der Willkür des Berechtigten abhängt, sondern nur bei gewissen durch andere Umstände herbeigeführten Gelegenheiten geschehen kann, wie das Recht auf Frohndienste zur Reparatur von Gebäuden.

Vergl. Savigny, System II § 197. Kori, Theorie der Verjährung §§ 31, 32. Pfeiffer, Praktische Ausführungen II. S. 115.

Der § 649 betrifft nur jura discontinua der zweiten Klasse. Es ist denkbar, daß durch Ereignisse, welche außerhalb der Willkür des Berechtigten liegen, 30 Jahre hindurch jedes Jahr die Ausübung eines solchen Rechts möglich gewesen und bewirkt sein könne. Dennoch kann eine Verjährung von 30 Jahren nicht genügen, weil das Wesen und die Beschaffenheit des Rechts nicht dadurch geändert werden kann, daß durch zufällige Ereignisse dessen Ausübung öfter als sonst möglich gewesen, vielmehr durch den 30jährigen Vorgang keineswegs festgestellt worden ist, daß auch in alle Zukunft das Recht alljährlich ausgeübt werden könne.[1]) Entscheid. B. 23 S. 91 f.

Erkenntniß vom 12. November 1852: Der Gegensatz der §§ 596 und 649 Tit. 9 Th. I. A. L. R. liegt darin, daß die im ersteren Gesetze er-

1) Vergl. auch das Erkenntniß des Ob. Trib. vom 18. Januar 1854 (Striethorst, Archiv B. 11 S. 246 f.).

Digitized by Google

wähnten Rechte willkürlich zu jeder Zeit ausgeübt werden können, wogegen das letzterwähnte Gesetz solche Rechte umfaßt, deren Benutzung nicht lediglich von der Willkür des Berechtigten abhängt, sondern durch eine außer seinem Belieben liegende Thatsache bedingt ist. Als ein Recht dieser Art erscheint das Recht auf Wegebesserung, welches der Berechtigte nur dann geltend machen kann, wenn der Weg der Unterhaltung bedürftig ist. Ein solches Recht kann daher nicht durch die 30jährige, sondern nur durch die 40jährige Verjährung erworben werden.

Striethorst, Archiv B. 8 S. 30 f.

Erkenntniß vom 28. September 1854: Zur Ersitzung des Rechts, Steine, Sand und andere Materialien zur Besserung von Wegen und zu Bauten aus einem fremden Grundstücke zu entnehmen, ist ein Besitz von 40 Jahren erforderlich. [1])

Ebendas. B. 15 S. 52 f.

Untersagungsrechte gehören nicht zu den im 649 a. a. O. bezeichneten Rechten.

Ein solches Recht, nämlich das Recht, zu verlangen, daß eine gewisse Person etwas nicht thue, erfordert seiner Natur nach zu seiner Ausübung keine Handlung des Berechtigten, sondern nur ein dem Rechte entsprechendes Verhalten des Verpflichteten. So lange letzteres stattfindet, so lange befindet sich der Berechtigte in der dauernden Ausübung seines Rechts.

Dies hat auch unser Ob. Trib. in dem Präjudiz 1305 vom 15. Mai 1843 ausgesprochen:

Die Vorschrift des § 649 Tit. 9 Th. I A. L. R. paßt nur auf eigentliche — affirmative oder negative — Rechte, nicht auf das Untersagungsrecht. Wenn seit dem ersten Falle der Untersagung bis zu dem Zeitpunkte, wo das entgegenstehende Recht geltend gemacht werden soll, die Verjährungszeit abgelaufen ist, so genügt dies zur Begründung des vom Untersagenden resp. Verweigernden behaupteten Rechtszustandes, und es ist nicht nöthig, daß noch zwei andere Fälle, wo das Untersagungsrecht ausgeübt worden wäre, hinzugetreten sein müßten. [2])

Präj. Samml. S. 44. Arnsb. N. Archiv XIII. S. 114.

---

1) Vergl. das Erkenntniß v. 22. Juni 1854 a. a. O. B. 13 S. 223 f.

2) Vergl. den in der Allgem. österreich. Gerichts-Zeitung, Jahrg. 1863 S. 553 f. mitgetheilten vom obersten Gerichtshofe zu Wien am 2. September 1863 entschiedenen Rechtsfall.

Das Oesterreich. bürg. Gesetzbuch bestimmt § 1459: „Die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und über sein Eigenthum, z. B. eine Waare da oder dort zu kaufen, seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen, unterliegen.. keiner Verjährung. Hat aber eine Person der andern die Ausübung eines solchen Rechts untersagt, oder sie daran verhindert; so fängt der Besitz des Untersagungsrechtes von Seite der Einen gegen die Freiheit der Anderen von dem Augenblicke an, als sich diese dem Verbothe oder der Ver-

Digitized by Google

Die Bestimmungen des Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche über den Zeitraum der Servitutenersitzung (§§ 1469 — 1471) sind bereits oben S. 178 angeführt worden; ebenso daselbst die des Zürcherischen privatrechtl. Gesetzbuches (§§ 694, 696).

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen enthält die für Realservituten aller Art geltende Bestimmung:

§ 593. „Grunddienstbarkeiten werden durch Ausübung während eines Zeitraums von dreißig Jahren mittelst Ersitzung erworben."

Der Code civil verordnet:

art. 690. „Les servitudes continues et apparentes s'acquiérent par titre, ou par la possession de trente ans."

§ 13. Wirkung der Ersitzung.

Die Wirkung der Verjährung durch Besitz wird, in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht, von unserem Landrechte Th. I Tit. 9 dahin angegeben:

§ 665. „Durch die vollendete Verjährung erwirbt der Besitzer das Eigenthum der Sache oder des Rechts."

§ 666. „Doch erstreckt sich dieses Eigenthum niemals weiter, als der Besitz selbst gegangen ist." [1])

Tit. 22 § 28. „Grundgerechtigkeiten, die durch Verjährung erworben werden, erstrecken sich nur soweit, als der Besitz während des Laufes der Verjährung gegangen ist."

---

hinderung gefüget hat, und es wird dadurch, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreffen, die Verjährung oder die Ersitzung bewirket."

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen enthält die noch bestimmtere Vorschrift § 596: „Bei Grunddienstbarkeiten, welche dahin gehen, daß auf dem dienenden Grundstücke zum Vortheil des herrschenden Grundstückes etwas unterlassen werde, ist die Ersitzung für vollendet anzusehen, wenn nach der den Besitz einer solchen Dienstbarkeit begründenden Handlung die Ersitzungszeit abgelaufen ist, ohne daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes der Dienstbarkeit entgegengehandelt hat."

1) So bestimmt auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 593. „Grunddienstbarkeiten werden..... mittelst Ersitzung erworben."

§ 604. „Die Dienstbarkeit wird durch Ersitzung in dem Umfange erworben, in welchem sie die Ersitzungszeit über gleichartig ausgeübt worden ist."

Zu der letzteren Vorschrift wird in den Motiven (S. 729) bemerkt:

In § 604 ist die Regel „quantum possessum tantum praescriptum" aufgestellt. Die Anwendung dieser Regel auf die concreten Fälle muß dem Richter überlassen werden. Zu den meisten Zweifeln geben die Fälle Anlaß, in welchen es sich darum handelt, ob eine gewisse Besitzhandlung blos soweit, als sie sich äußerlich zu erkennen gibt, oder vielmehr in ihrer Beziehung

Digitized by Google

Die Anwendung der letzteren, den bekannten Grundsatz „quantum possessum tantum praescriptum“ ausſprechenden Vorſchrift macht in der Praxis oft Schwierigkeiten.

Es ſeien hier folgende Entſcheidungen angeführt:

Carpzov, Opus decisionum dec. 106 Nr. 8, 9:.. Si quis per legitimum tempus ad praescriptionem necessarium in fundo alieno mille oves pavit, et non ultra, licet postea grex illa crescat et augeatur, plures tamen ipsum oves, quam mille ibi pascere non posse, idque per regulam vulgatam, qua dicitur, tantum censeri praescriptum, quantum fuerit possessum.

Erkenntniß des Ob. H. G. zu Mannheim vom Jahre 1844: Wenn das Weiderecht auf der belaſteten Gemeindemarkung von dem Berechtigten allein, ohne Concurrenz einer Mithut von Seite der Gemeinde, rechtsverjährte Zeit hindurch mit einer Heerde von niemals weniger als 300 Schafen ausgeübt worden iſt, ſo muß ſich die Gemeindeſchäferei, mit welcher in neuerer Zeit die Mithut geltend gemacht werden will, auf eine ſolche Zahl von Schafen beſchränken, daß dem Servitutberechtigten der Weidegenuß für 300 Schafe nicht verkümmert wird...

Seuffert, Archiv I Nr. 10.

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 2. Januar 1851: Aus den Ausſagen der Beweiszeugen ergibt ſich, daß der Eigenthümer des berechtigten Grundſtückes während der Verjährungszeit den Weg nicht allemal über das fragliche Wieſengrundſtück eingeſchlagen, ſondern zuweilen über andere Grundſtücke gefahren ſei. Dieſer Umſtand iſt für den Verjährungsbeweis ohne Bedeutung, weil dadurch eine Mehrheit von Beſitzhandlungen, wie dieſelbe zur Erwerbung einer servitus discontinua nöthig, nicht ausgeſchloſſen wird, und daraus, daß man bisweilen einen andern Weg benutzt, auch nicht gefolgert werden kann, daß man dies deshalb gethan, weil man auf den zufällig nicht eingeſchlagenen Weg kein Recht zu fahren habe.

Ebendaſ. XII Nr. 232.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 16. Juni 1859: Der Beweis der Beklagten über den Verjährungserwerb der in Anſpruch genommenen Wegeſervitut kann noch keineswegs für verfehlt erachtet werden,

---

auf ein umfaſſenderes Recht als Ausübung dieſes Rechts gelten könne. Doch laſſen ſich hierfür erſchöpfende Grundſätze nicht aufſtellen.

Das Oeſterreich. bürgerl. Geſetzbuch verordnet:

§ 1498. „Wer eine Sache oder ein Recht erſeſſen hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthums anſuchen, und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenſtand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben laſſen.“

§ 1500. „Das aus der Erſitzung oder Verjährung erworbene Recht kann aber demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desſelben eine Sache oder ein Recht an ſich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen.“

Digitized by Google

wenn dieselbe auch nicht darzuthun vermocht hat, daß fortwährend auf derselben Wegelinie gegangen und gefahren worden sei. Es entsteht vielmehr in diesem Falle nur die Frage, ob die Beklagte sich gefallen lassen müsse, daß ihr im Interesse des dienenden Grundstückes und nach der Regel: servitus civiliter exercenda est, eine andere als die von ihr beanspruchte Wegelinie auf dem dienenden Grundstücke angewiesen werde. Ebendas. XIII Nr. 237.

Erkenntniß des App. Ger. zu Hamm vom 4. Mai 1854 (in Sachen P. Waßkönig wider F. W. Oberste Berghaus): Der Kläger macht auf Grund der Verjährung das Recht geltend, über den Kotten des Verklagten auf einem bestimmt bezeichneten Wege zu gehen. Er gibt dabei zwar zu, daß der betr. Weg erst im Jahre 1830 angelegt sei und daß er und seine Vorbesitzer früher in einer anderen Richtung über den Kotten des Verklagten gegangen seien, behauptet jedoch, daß die Verlegung des Weges im Interesse beider Parteien und mit Zustimmung seiner Vorbesitzer geschehen sei. — Der erste Richter hat nach dem Klageantrage erkannt, indem er die 30jährige Verjährung seit 1815 für nachgewiesen und durch die gedachte Verlegung des Weges nicht für unterbrochen hält. Dieser Ansicht ist beizupflichten, da die Benutzung des im eigenen Interesse des Verklagten angelegten neuen Weges sich nur als eine Fortsetzung der auf dem früheren, gleichfalls über den Kotten des Verklagten, wiewohl in anderer Richtung, führenden Wege ausgeübten Servitut darstellt, und jene Verlegung des Weges nur als eine zum Vortheil der belasteten Sache dienende Einschränkung erscheint, welcher sich der Servitutberechtigte nach § 29 Tit. 22 Th. I A. L. R. unterwerfen muß. Es trifft daher den ersten Richter keineswegs der Vorwurf, gegen den in § 28 a. a. O. aufgestellten Grundsatz verstoßen zu haben, eine Vorschrift, die nur eine Anwendung des im §§ 666 Tit. 9 ebendas. ausgesprochenen allgemeinen Rechtssatzes ist.[1])

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 12. Januar 1858: Bei dem Beweise einer durch Verjährung begründeten Fahrwegsgerechtigkeit bedarf es nicht unbedingt für jede Gattung von Fuhrwerken speciellen Besitzhandlungen. Ist der streitige Weg von den Klägern und ihren Vorbesitzern über rechtsverjährte Zeit hindurch zu Zwecken der Bewirthschaftung ihrer in O. gelegenen Güter mit verschiedenartig belasteten Wagen befahren worden, so haben sie damit im Allgemeinen das Recht erworben, mit Fuhrwerken jeder Art, welche ihrer Beschaffenheit nach für das dienende Grundstück nicht beschwerlicher als beladene Wagen sind, zu dem angegebenen Behufe zu fahren.
Seuffert, Archiv XII Nr. 249.

1) Vergl. auch das Erkenntniß des Ob. Trib. vom 26. Septbr. 1854. Präj. 2562 (Entscheid. B. 29 S. 59 f.)

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 9.

Ersitzung der Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen. Verlassenes Flußbett. Fortdauer der Vermögensrechte einer aufgehobenen Corporation.

Mitgetheilt vom Kreisrichter Voigtel in Burg.

Der Elbstrom floß bei dem Dorfe Lostau früher in einem starken, nach Westen gekrümmten Bogen dicht vorbei.

Im Jahre 1740 hat Friedrich II. hier einen Durchstich machen und den Elbstrom in das jetzige gerade von Süden nach Norden führende Flußbett leiten lassen. Das alte Flußbett, (die jetzt sogenannte Lostauer alte Elbe) wurde aber nur südlich ganz von dem Hauptstrome abgedämmt. Nördlich bei dem Dorfe Lostau blieb es mit ihm in Verbindung, so daß es auch jetzt noch in der kleineren Hälfte des Jahres, wo hoher Wasserstand ist, von den Sachverständigen schiffbar genannt wird.

In dieser alten Elbe nun ist die Fischereigerechtigkeit zwischen der Gemeinde Lostau und 17 Fischern in Magdeburg streitig. Letztere stellten im Jahre 1858 gegen Lostau, das diese Fischerei verpachtet hatte, einen Possessorien-Prozeß an, in dem sie den alleinigen und ausschließlichen Besitz jener Fischerei für sich in Anspruch nahmen. Die stattgefundene Beweisaufnahme ergab aber,

> daß nicht sowohl die Kläger, als auch die Mitglieder der Lostau'er Gemeinde ungestört und öffentlich, je in Gegenwart der Kläger, dort mit den Händen, mit Schiebenetzen und mit Hamen gefischt hatten.

Die Besitzstörungsklage ward deshalb am 26. Novbr. 1858 zurückgewiesen, und ebenso am 15. April 1859 die gegen das I. Urtel eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde.

Sodann ist nun die Dorfgemeinde Lostau in petitorio klagend aufgetreten und hat beantragt, die beklagten Fischer aus Magdeburg zu verurtheilen,

Digitized by Google

das Eigenthum der Gemeinde Lostau an der alten Elbe anzuerkennen und sich aller Eingriffe in dasselbe, insbesondere des Fischens in der alten Elbe zu enthalten.

Gegründet ist dieser Antrag auf einen Erbzinsvertrag vom 16. Dezember 1754, durch welchen Klägerin die alte Elbe mit allen Nutzungen in Erbzins übergeben erhalten und seitdem in Besitz gehabt haben will.

Die Beklagten haben dies bestritten. Sie behaupten, daß die alte Elbe ein öffentlicher Fluß sei, daß die Magdeburger Fischer-Innung schon im Jahre 1758 die Fischerei mit Netzen und auf dem Kahne herumfahrend, in der alten Elbe ausgeübt habe, und daß seitdem alljährlich sie (die Beklagten) und ihre Vorfahren die Ausübung dieses Rechts fortgesetzt haben. Sie wollen sonach die ausschließliche Fischereigerechtigkeit in der alten Elbe durch Ersitzung erworben haben, und beantragen deshalb widerklagend, die Kläger zu verurtheilen,

anzuerkennen, daß den Widerklägern das ausschließliche Recht, in der alten Elbe bei Lostau die Fischerei vom Wasser aus und mit dem Kahne herumfahrend, auszuüben, zustehe.

Die Widerbeklagten haben den behaupteten Erwerb durch Ersitzung bestritten und um Abweisung der Widerklage gebeten.

Das Kreisgericht zu Burg hat am 9. Juli 1861 nach dem Klageantrage erkannt und die Widerklage abgewiesen.

Die Klage ist actio Publiciana. Die Klägerin behauptet, daß sie sich im vollständigen titulirten Besitze der alten Elbe befinde und klagt negatorisch gegen die Fischer, die sich die Fischereigerechtigkeit in der alten Elbe anmaßen. Mit dem Nachweise des vollständigen titulirten Besitzes ist also die Activ-Legitimation der Klägerin geführt.

§ 8. 9. 161. A. L. R. I. 7.

Präj. 2008 vom 29. April 1848 (Entsch. Bd. 17 S. 110.)

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Band II. Seite 241. 258 seq.

Die Widerklage ist actio confessoria. Die Widerkläger behaupten Erwerb und Eigenthum eines Rechts an einer fremden Sache. Sie haben also nicht nur den Besitz, sondern auch das Recht zum Besitze anzugeben und nachzuweisen, wenn sie die Abweisung der Klage und ein obsiegliches Urtel über die Widerklage erstreiten wollen; denn der Eigenthümer der angeblich belasteten Sache hat nur sein Eigenthum resp. den vollständigen Besitz zu erweisen, worauf dann der angeblich dinglich Berechtigte den Beweis der Einschränkung zu führen hat. Die

Digitized by Google

praesumtio pro libertate dominii überwiegt die praesumtio pro possessore (juris in re aliena). So ist es nach der richtigen Meinung im gemeinen Recht und so hat das Allgemeine Landrecht bestimmt vorgeschrieben.

Puchta Pandecten § 172.
v. Holzschuher, Bd. II. S. 363 und die dort angeführten Rechtslehrer.
§. 181. 182. A. L. R. I. 7.
§. 23. A. L. R. I. 8.
§. 14. A. L. R. I. 19.

Ein Zurückgehen auf das gemeine Recht wird hier erforderlich, weil die der richterlichen Beurtheilung unterliegenden Thatsachen sich bis auf das Jahr 1740, also in eine Zeit zurückerstrecken, in welcher weder das allgemeine Landrecht, noch ein anderes allgemeines Preußisches Recht vorhanden war.

Die Grundsätze dieser beiden Rechte und des Magdeburgischen Provinzialrechts über:

1) das Eigenthum an öffentlichen und Privatflüssen,
2) die Fischereigerechtigkeit in denselben

sind zuvörderst festzustellen, ehe die von den Parteien behaupteten speciellen Erwerbstitel zur Beurtheilung kommen.

Das Provinzialrecht des Herzogthums Magdeburg hat über diese Materien nur die eine besondere Bestimmung:

„In der Elbe mit Angeln und Senken zu fischen ist Jedermann erlaubt, jedoch muß solches vom Lande aus, insbesondere nicht mit einem Kahne herumfahrend, geschehen."

v. Klewitz, Prov. Recht des Herzogth. Magdeburg Bd. I. S. 32. Bd. II. S. 5.

Der Allerh. Erlaß vom 1. März 1858 (G.-S. S. 287) hat zwar das Cap. XI. der Magdeburger Polizei-Ordnung vom 3. Januar 1688, vom Krebsen, Fischen und Vogelstellen handelnd, aufgehoben. Dies Cap. XI. enthielt aber keine für den vorliegenden Prozeß erhebliche Bestimmungen und insbesondere nicht den oben angeführten Rechtsgrundsatz, welcher vielmehr neben der Polizeiordnung als ein altes Gewohnheitsrecht in Geltung war, und sonach auch geblieben ist.

Das römische und deutsche Privatrecht sahen die öffentlichen Flüsse und deren Nutzungen ebenfalls als Gemeingut an.

Digitized by Google

„Welches Wasser stromweise fließet, das ist gemeinschaftlich darauf zu fahren und darin zu fischen" sagt der Sachsenspiegel. Bd. I. art. 28.

v. Holzschuher, Bd. II. S. 100.

Puchta, Pandecten §. 154.

Das gemeine Recht und Allgemeine Landrecht dagegen haben übereinstimmend jene gemeinschaftliche Benutzung der öffentlichen Flüsse durch „Jedermann" abgestellt und folgende Grundsätze eingeführt:

„Die von Natur schiffbaren öffentlichen Ströme sind im gemeinen Eigenthum des Staates, (res publicae). Die Nutzungen derselben und die Fischerei darin gehört zu den Regalien. Die Privatflüsse dagegen und deren Nutzungen sind im Eigenthum und Nutzungsrechte des resp. der Grundeigenthümer, soweit sie deren Grundstücke durchschneiden. Der Thalweg des Privatflusses bildet für gegenüberliegende Grundbesitzer die Grenze ihres Eigenthums und Nutzungsrechts.

v. Holzschuher, Bd. II. S. 100. 101. 103. 125.

§. 170—183. A. L. R. I. 9.

§. 21. A. L. R. II. 14.

§. 38. 73. A. L. R. II. 15.

Erk. 23. September 1845 (Entsch. Bd. 15 S. 361.)

Ges. Revision. Pens. XII. S. 203.

Das gemeine Eigenthum des Staates an öffentlichen Strömen erstreckt sich jedoch nur auf die Wassermasse. Der Grund und Boden des Flußbettes wächst, wie bei Privatflüssen, den Anliegern zu, sobald er vom Wasser verlassen wird oder aus demselben heraustritt."

v. Holzschuher, Bd. II. S. 103. 115. 116.

§. 225 seq. 242 seq. 263 seq. A. L. R. I. 9.

§. 56. 67. 68—72. A. L. R. II 15.

Präj. 1016 vom 21. Mai 1841.

„Wenn aber nicht im Laufe der Natur, sondern durch den Staat selbst, wie hier im Jahre 1740, ein Durchstich veranlaßt und dem Strome ein anderer Lauf angewiesen ist, so soll der Staat über das verlassene Bett verfügen und die Interessenten entschädigen."

§. 70. 71. A. L. R. II. 15.

Die alte Elbe ist nun eigentlich kein alveus derelictus. Sie ist in Folge des Durchstichs zwar schmaler und seichter geworden, hat

Digitized by Google

auch südlich den Zusammenhang mit dem Hauptstrome verloren. Aber nördlich steht sie doch immer noch damit in Verbindung und ist bei dem jährlich eintretenden Wasserstande selbst schiffbar geblieben. Sie ist hiernach Ausfluß und Theil des Hauptstromes geblieben, und müssen die Grundsätze von öffentlichen Flüssen auch auf diesen Theil des Elbstroms an sich angewendet werden.

v. Holzschuher, Bd. II. S. 100. 126.
Präj. 2263 vom 22. November 1850.

In dem Erbzinsvertrage vom 10. December 1754 (also 14 Jahre, nachdem der Durchstich geschehen) hat indessen die Königl. Prinzl. Gesammtkammer zu Magdeburg die sämmtlichen Pertinenzien des ehemaligen dompropsteilichen Herrenhofes zu Lostau an die Gemeinde Lostau in Erbzins gethan und übergeben. Unter diesen Pertinenzien ist die alte Elbe bei Lostau ausdrücklich aufgeführt und der Gemeinde die Verbindlichkeit auferlegt, die Ufer und Dämme an der alten Elbe in gutem baulichen Zustande zu erhalten.

Ob und wie nun die prinzliche Gesammtkammer zum Besitz und Eigenthum der alten Elbe gelangt, die doch, wie oben angeführt, ein Theil des dem Staate gehörigen öffentlichen Stromes war — darüber haben die auf Grund des diesseitigen Beweis-Resoluts von der Hofkammer der Königlichen Familiengüter, von der Königlichen Regierung zu Magdeburg, von dem Königl. Haus-Archiv und dem Geheimen Staats- nnd Cabinets-Archiv angestellten Nachforschungen kein Material geliefert.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen konnte die prinzliche Gesammtkammer an der alten Elbe, als einer res publica und in publico usu, weder Eigenthum noch Besitz erwerben, und noch weniger solchen im Jahre 1754 auf die Gemeinde übertragen.

Puchta, Pandecten §. 35.
v. Holzschuher Bd. I. S. 110. Bd. II. S. 26.

Der Erbzinsvertrag vom 15. Dezember 1754 würde also an sich nicht geeignet gewesen sein, die Gemeinde zur vollständigen titulirten Besitzerin zu machen, wenn nicht die beigefügte Königl. Bestätigungsordre vom 17. Februar 1755 diese mangelnde Dispositionsbefugniß des Erbzinsherrn ergänzte. In dieser Ordre hat König Friedrich II nicht nur für die Dompropstei von Oberaufsichtswegen („qua summus episcopus"), sondern auch von Staatswegen „aus landesherrlicher Macht" diesen Erbzinsvertrag „ratihabiret und confirmiret." Mag es also dahin gestellt bleiben,

Digitized by Google

ob die Dompropstei das Eigenthum der alten Elbe rechtsgültig vom Staate erworben habe,

jedenfalls hat die Gemeinde Lostau das Erbzinsrecht daran von dem Könige, dem 1755 die alleinige Dispositionsbefugniß über fiskalisches Eigenthum zustand, durch die gedachte Ordre übertragen erhalten § 6 L. R. II. 15, und ist nunmehr durch § 2. Nr. 2. Ges. 2. März 1850 freie Eigenthümerin der alten Elbe geworden.

Da endlich in dem Erbzinsvertrage die Uebergabe des Herrenhofes mit Pertinenzien an die Gemeinde (welche ihn bis dahin in Pacht gehabt hatte) bekannt ist, und da der einmal erlangte Besitz so lange für fortgesetzt erachtet wird, als dessen Aufhebung nicht deutlich erhellt (§. 113. A. L. R. I. 7) — so ist die Gemeinde auch für die Zeit der angestellten Klage als vollständige Besitzerin der alten Elbe anzusehen.

Die inzwischen stattgefundene Separation der Feldmark Lostau hat hierin nichts geändert, da die alte Elbe nicht mit zur Vertheilung gezogen und sonach im ungetheilten Besitz und Eigenthum der Gemeinde verblieben ist.

Die Klage hat sich hiernach durch die Beweisaufnahme nicht nur als actio Publiciana, sondern auch als Rei vindicatio für begründet herausgestellt und mußten Beklagte hiernach verurtheilt werden,

das Eigenthum der Gemeinde Lostau an der alten Elbe anzuerkennen.

Es erübrigt nur die Prüfung des zweiten, von den Beklagten einwandsweise und im Wege der Widerklage behaupteten Anspruchs,

daß den beklagten 17 Fischern eine Fischereigerechtigkeit in der alten Elbe zustehe.

Die in der Beweisaufnahme vorgelegten Acten des Magistrats zu Magdeburg liefern hierzu folgendes Material:

Die Fischer-Innung zu Magdeburg, welche nach Zerstörung der Stadt zuerst am 19. Januar 1647 ihre Artikel erhalten hat, hat seit dieser Zeit nicht sowohl in dem Elbstrome von Frohse bis Hohenwarthe, sondern auch bei hohem Wasserstande in den Laaken, Seen und geschlossenen Gewässern, soweit die Fischer solche von dem Elbstrome aus mit ihren Kähnen befahren konnten, die Fischerei öffentlich und unangefochten ausschließlich ausgeübt; jedoch unbeschadet der provinzialrechtlich „Jedermann" zustehenden Befugniß,

vom Lande aus mit Angeln und Senken zu fischen.

Als am 19. Juni 1758 die Gemeinde Lostau bei ihrem Dorfe einen „Damm von Waasholz" durch die alte Elbe gezogen

Digitized by Google

hatte, um die Fischerei-Innung dadurch an dem Fischen in der alten Elbe zu verhindern, hat letztere Beschwerde geführt und um Schutz im Besitze ihres Fischereirechts gebeten „da in der alten Elbe bei hohem Wasserstande ein unvergleichlicher Störfang, bei kleinem Wasser aber dort ihre einzige retirade sei, um die sogenannten Speisefische, insbesondere die Kaulbarsche zu fangen."

Die prinzliche Gesammtkammer hat hierauf (sei es als Polizei- sei es als Patrimonialgerichtsbarkeit) unter dem 27. Juni 1758 veranlaßt, daß die Anlegung des fragl. Dammes unterbleiben und den Fischern die Fahrt nach der alten Elbe freigelassen werden sollte.

Letztere haben übrigens die Fischerei animo domini ausgeübt und nur ein „jährliches don gratuit" von 140 Pfund frischen Lachs an die Königl. Hofküchen geliefert.

Durch die Constitution des Königreichs Westphalen vom 7. December 1807 wurden die Zünfte und Innungen aufgehoben und durch das Dekret vom 22. Januar 1809 wurde unter Bezugnahme auf das Patent-Steuergesetz vom 5. August 1808 das Vermögen der Zünfte für Staatseigenthum erklärt.

Das Vermögen der Magdeburger Fischer-Innung, wozu neben der Fischereigerechtigkeit auch 38 Morgen Acker gehörten, ward zu Gunsten des westphälischen Fiscus confiscirt.

In der Convention zwischen den Königreichen Preußen und Westphalen vom 14. Mai 1811 wurde ausdrücklich bestimmt,

daß die Fischerei im Elbstrome zur rechten Seite des Thalwegs dem preußischen, zur linken Seite dem westphälischen Fiscus zustehe.

Nach der preußischen Besitzergreifung im Jahre 1815 haben sodann die in Magdeburg ansässigen Fischer precario oder gegen eine geringe an den Magistrat gezahlte Pacht die Fischerei in dem Elbstrome fernerweit ausgeübt.

Im Jahre 1830 hat der preuß. Fiscus, der als successor des westphälischen Fiscus die Fischerei für sich in Anspruch nahm, solche laut Vertrag vom 8. April 1830 mehreren Fischern in Magdeburg auf 12 Jahre für 20 Thlr. jährlichen Pachtzins verpachtet. Dieser Vertrag ist später bis 1846, dann bis 1858 verlängert.

Digitized by Google

Im Jahre 1857 ist auf Grund der neuen Gewerbe-Gesetze eine neue Fischer-Innung in Magdeburg gebildet, welcher der Fiscus durch Vertrag vom 16. August 1858 wieder die Fischerei im Elbstrome von Trinitatis 1859 bis dahin 1871 für 25 Thlr. jährlich verpachtet hat.

Endlich hat die Königliche Regierung zu Magdeburg im Auftrage des Königlichen Finanzministeriums unter dem 16. August 1858 der Gemeinde Lostau auf eine desfallsige Beschwerde mitgetheilt,

daß die Fischerei in der alten Elbe bei Lostau fiskalischer Seits nicht mehr in Anspruch genommen werden solle; daß übrigens diese Fischerei der Fischer-Innung in Magdeburg niemals mit verpachtet gewesen sei.

Wenn man diese Thatsachen zum Grunde legt, so ergiebt sich für den jetzigen Rechtszustand in Ansehung der Fischerei in der alten Elbe folgendes Resultat:

1) Die Innungen und Zünfte sind stets als Corporationen angesehen und behandelt. Als solche hatten sie die Eigenschaften und Rechte einer moralischen Person und konnten Rechte auf ihren Namen besitzen und erwerben.

Puchta, Pandecten §. 26.
Göschen Vorlesgn. Bd. I. S. 203.
§. 81. A. L. R. II. 6.
§. 191. A. L. R. II. 8.
§. 94. 101. Gewerbe-Ordnung 17. Januar 1845.

Die alte, am 19. Januar 1647 zu Magdeburg constituirte Fischer-Innung ist, wie die Magistrats-Acten überhaupt und insbesondere die Verfügung der Prinzl. Gesammtkammer vom 27. Juni 1758 ergeben, offenbar im Besitz der Fischerei in der Strom- und alten Elbe gewesen und hat solchen jedenfalls in der verjährungsmäßigen 30jährigen Zeit ersessen, wenn sie auch keinen justus titulus anführen könnte. Außerdem steht ihr die praescriptio immemorialis zur Seite.

§. 77. 159. Puchta Pandecten.

Das Subject dieser Fischereigerechtigkeit, die Innung, ist aber im Jahre 1809 durch die westphälischen Gesetze aufgehoben und ihr Vermögen confiscirt, welches letztere der preuß. Fiscus 1815 übernahm. Hierbei standen ihm die bestehenden Gesetze zur Seite.

§. 192. A. L. R. II. 6.
§. 3. Public. Patent vom 9. September 1814.

Digitized by Google

Der alten, 1647 constituirten, Innung steht also die streitige Fischerei nicht zu, weil sie nicht mehr existirt, weil sie nicht mehr Rechte ersitzen und besitzen kann. Der neuen 1857 constituirten Innung steht die Fischerei nicht zu, weil sie noch nicht lange genug dieses Recht besessen haben kann, um es ersessen zu haben.

2) Hätte aber auch wirklich die jetzige Innung eine verjährungsmäßige Zeit hindurch die streitige Fischerei ausgeübt, so würde sie solche doch niemals haben ersitzen können; denn sie ist ja nur Pächterin, also unvollständige Besitzerin des Rechts. Sie hat keinen zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel und noch weniger kann sie sich in gutem Glauben über ihr Eigenthum an jenem Rechte befinden.

§. 579. 625. A. L. R. I. 9.

Durch den bloßen animus kann sie ihren unvollständigen Besitz niemals in einen vollständigen verwandeln und nun zu ersitzen anfangen. Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

§ 69. 125. A. L. R. I. 7.

3) Als Pächter hätten ferner die Fischer ihre Widerklage ohne Zuziehung des verpachtenden Fiscus gar nicht anstellen können, da es sich hier um die Substanz des Rechts selbst handelt. Und als Beklagte hätten sie den Fiscus nominiren müssen, wenn sie den Eigenthumsansprüchen der klagenden Gemeinde irgend wirksam hätten entgegentreten wollen.

§. 82. 83. A. L. R. I. 21.
§. 165. 174. A. L. R. I. 7.
§. 11. A. L. R. I. 15.
§. 34. 35. A. G. O. I. 17.

4) Wäre aber Fiscus wirklich adcitirt, so könnte die Sache doch keinen günstigeren Ausgang für die Beklagten nehmen; denn nach dem Rescripte vom 10. August 1858 giebt Fiscus selbst zu, daß er auf die Fischerei in der alten Elbe, welche hier nur streitig ist, keinen Anspruch machen wolle. Er hat also den Beklagten kein Recht übertragen können, das er selbst nicht einmal beansprucht.

§. 101. Einl. A. L. R.

Und wenn er es auch selbst beanspruchte, so hat er es jedenfalls nach eben jenem Rescripte den Beklagten nicht mit verpachtet.

5) Bei dem bisher Gesagten ist immer noch davon ausgegangen, daß entweder die Innung durch ihre statutenmäßigen Vorsteher, oder doch jene Fischer klagten, welche seither die Fischerei im Elbstrome vom Fiscus in Pacht gehabt haben. Dem ist aber in Wirklichkeit nicht so.

Digitized by Google

Kläger und Beklagte sind vielmehr 17 einzelne Fischer der Stadt Magdeburg, welche in der Widerklage blos behaupten,

> daß sie Mitglieder der Fischerbrüderschaft zu Magdeburg sein und daß sie sammt ihren Vorfahren seit 1758 offen und ungestört alljährlich die Fischerei in der alten Elbe ausgeübt haben.

Es klagt also nicht die Innungs-Corporation, welche ihre Personen-Identität durch den ab- und zuströmenden Wechsel der einzelnen Mitglieder fest und erkennbar bewahrt; sondern es sind 17 singuli. Solche aber können selbstverständlich die accessio possessionis ihrer „Vorfahren" nur insofern zum Erweise der Ersitzung benutzen, als sie speciell behaupten und nachweisen,

> Wer der Besitz-Vorfahr eines jeden der 17 Beklagten gewesen ist und in welcher Weise (Erbgang, Verkauf, Cession x.) und zu welcher Zeit ein jeder Beklagte den Besitz von diesem Vorfahr übernommen hat.
>
> §. 613. A. L. R. I. 9.

Der allgemeine Ausdruck „Vorfahren" ist zur Substantiirung der Widerklage nicht geeignet, da er den Widerverklagten keine Möglichkeit giebt, sich über die Besitzhandlungen der einzelnen „Vorfahren" und den Uebergang des Besitzes auf die Widerkläger zu erklären.

Da übrigens Widerkläger geständlich Mitglieder der jetzigen Fischer-Innung sind, und da diese nur Pächterin der Fischerei ist — so fehlt den 17 Fischern jedenfalls die zu jeder Ersitzung nöthige bona fides, wie schon oben zu 5 für die Innung selbst ausgeführt ist. -

---

Auf die von den Klägern eingelegte Appellation hat das Königliche Appellationsgericht zu Magdeburg am 1. Juli 1862 erkannt:

1) In Conventione, daß die Beklagten zwar schuldig, das Eigenthum der Klägerin an der alten Elbe anzuerkennen, Klägerin aber mit dem weiteren Klageantrage abzuweisen.
2) In reconventione, daß Widerkläger zwar mit der verlangten Anerkennung einer ausschließlichen Fischereigerechtigkeit abzuweisen, im Uebrigen aber Klägerin nach dem Widerklage-Antrage zu verurtheilen.

Digitized by Google

Der II. Richter nahm an, daß die Beklagten ihre Fischereigerechtigkeit, wenn auch keine ausschließliche, in der alten Elbe nachgewiesen, denn:

1) der Besitz, in welchem sich die frühere Fischerbrüderschaft mindestens seit 1758 befunden, sei von den Beklagten fortgesetzt worden. Nach Aufhebung der alten Fischer-Innung im Jahre 1809 seien deren Mitglieder thatsächlich im Besitze der Fischerei geblieben und hätten solche ungestört, namentlich auch in der dem preußischen Staate verbliebenen alten Elbe, (welche westlich von dem Thalwege des Hauptstromes liegt) ausgeübt. Daß die westphälischen Gesetze die Magdeburger Innung aufgehoben hätten, sei einflußlos für die Rechte derselben an den preußisch gebliebenen Theilen der Elbe. Die Klägerin könne daraus keine Erweiterung ihrer Fischereigerechtigkeit herleiten.

   Die Magdeburger Fischer hätten sonach durch fortgesetzte Ausübung der Fischerei bis 1857 (Constituirung der neuen Innung) das der älteren Innung zugestandene Recht conservirt. Der Fiscus, der allein berechtigt gewesen, das den Fischern thatsächlich verbliebene Recht einzuziehen, habe in dem Rescripte vom 16. August 1858 ausdrücklich erklärt, daß er die Fischereigerechtigkeit in der alten Elbe nicht in Anspruch nehme.

2) Eventuell hätten die Beklagten in ihrer Eigenschaft als Magdeburger Fischer jenen Besitz, als ein ihnen als solchen zustehendes Recht von 1809—1857 ausgeübt und demnach das Recht in der alten Elbe zu fischen, durch Verjährung erworben. (§ 639 L. R. I. 9.)

Auf die gegen dieses Urtel von der Klägerin eingelegte Revision hat das Königliche Obertribunal am 21. April 1863 unter Abänderung des II. Erkenntnisses das Urtel des Kreisgerichts zu Burg wiederhergestellt. Zur Widerlegung der Gründe des II. Richters wurde angeführt:

ad 1) Mit der Aufhebung der Magdeburger Fischer-Innung, als Corporation, hörte deren Existenz als Rechtssubject auf. Die Vermögensrechte derselben gingen, abgesehen davon, daß das Vermögen ausdrücklich für Staatseigenthum erklärt wurde, nicht auf die einzelnen Mitglieder über. Ein Uebergang eines der Innung zustehenden Vermögens- oder Besitz-Rechts auf einzelne Personen konnte nur durch

Digitized by Google

einen besonderen hierauf gerichteten Uebertragungs-Act bewirkt werden. Wenn also auch die Mitglieder der aufgehobenen Innung nach der Aufhebung der letzteren thatsächlich im Besitze der Fischerei in der alten Elbe geblieben, so ist doch darin nicht eine Conservirung des der früheren Innung zugestandenen Rechts oder eine Fortsetzung des Besitzes der Innung zu finden; sondern es kann in der später erfolgten Ausübung der Fischerei nur die Ergreifung eines neuen Besitzes Seitens der einzelnen Fischer gefunden werden und dieser Besitz steht mit dem Besitze der Corporation in keinem Zusammenhange. Der Umstand, daß in neuerer Zeit in Magdeburg wieder eine Fischer-Innung errichtet worden, ist ohne Einfluß, da dadurch die aufgehobene Innung nicht wieder zur rechtlichen Existenz gebracht worden. Zur Rechtfertigung seines Urtheils führt der II. Richter aus, daß die Rechtsbeziehungen der Magdeburger Fischer dem westphälischen Staate gegenüber auf dem Gebiete, welches dem preußischen Staate verblieben war, ohne Einfluß geblieben seien. Dies kann nicht als richtig anerkannt werden. Die Innung bestand in Magdeburg und konnte von der westphälischen Regierung aufgehoben werden. Geschah es, so war sie unbedenklich auch in Bezug auf die ihr etwa im preußischen Staate zugestandenen Rechte aufgehoben.

ad 2) In dem Schreiben der Fischer-Innung vom 17. Septbr. 1857 an den Ortsvorstand von Lostau, worin gegen die von der Klägerin eingeleitete Verpachtung der Fischerei in der alten Elbe protestirt wurde, ist ausdrücklich erklärt, daß die Fischerei in diesem Gewässer in Anspruch genommen werde, weil sie bei Verpachtung der Fischerei in der alten Elbe von Frohse bis Hohenwarthe vom Fiscus den Fischern mitverpachtet worden. Es ergiebt sich hieraus klar, daß die Verklagten, wenn von ihnen die Fischerei in der alten Elbe ausgeübt worden, dies nur als Pächter dieser Fischerei, auf Grund einer von ihnen aus dem Pachtvertrage hergeleiteten Befugniß gethan haben; der unvollständige Besitz, in welchem sie sich hiernach befunden, war nicht geeignet zur Begründung der Verjährung. —

§. 627. Tit. 9. Th. I. des Allg. Landrechts.

Digitized by Google

Nr. 10.

Zulässigkeit der weiteren Litisdenunciation Seitens des Denunciaten.

In einer Prozeßsache erster Instanz hatte sich der, der einen Partei Beistand leistende Litisdenunciat veranlaßt gefunden, seinerseits eine weitere Litisdenunciation zur Sicherung seines Regresses gegen seinen Auctor anzubringen. Der Prozeßrichter hielt dieselbe nicht für zuläßig, weil sie in der Prozeßordnung nirgends gestattet sei, wurde jedoch, auf erhobene Beschwerde, durch die Verfügung des Appellationsgerichts zu Hamm vom 22. Septbr. 1863 angewiesen, dem Antrage stattzugeben, weil eine solche weitere Litisdenunciation in den Gesetzen nirgends verboten sei, vielmehr der ratio legis vollkommen entspreche.

Diese Ansicht kann auch in der That einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen.

Wenn der § 2 Tit. 17 der Proz.-Ord. vorschreibt:

> „Ein Kläger, welchem die eingeklagte, von einem Dritten an ihn gediehene Forderung streitig gemacht wird, kann diesen seinen Vormann adcitiren lassen; und ein Beklagter, welcher wegen einer von einem Dritten an ihn gediehenen Sache oder Befugniß angefochten wird, kann diesem seinem Vormanne litem denunciren; beide in der Absicht, daß der Vormann bei der Instruktion und Verhandlung der Sache erscheine, ihm in Ausführung und Vertheidigung seiner Gerechtsame beistehe, und ihn also wider seinen Gegentheil vertrete."

so sind unter dem Ausdrucke „Kläger" und Beklagter" offenbar die Prozeßparteien überhaupt zu verstehen, also auch diejenigen mit inbegriffen zu erachten, welche jenen Hauptparteien an die Seite treten und damit an deren Rechten und Pflichten Theil nehmen.

Dies ergibt schon der folgende, allgemeiner gefaßte § 3:

> „Ebenso kann jede Partei, welche auf den Fall, wenn sie durch den Prozeß ihre Intention nicht erreichen sollte, wegen des Gegenstandes desselben, an einen Dritten sich halten will, z. B. der Gläubiger an einen Bürgen, der Bürge an den Hauptschuldner oder an den Rückbürgen, diesen Dritten, an welchen er seinen Regreß zu nehmen gedenkt, zu dem Prozesse mit vorladen lassen. (A. L. R. Th. I. Tit. 14 §§ 311. 342 f. 380 f.)"

Wenn daher in dem vom Gesetze selbst angeführten Beispiele der Gläubiger, bei Belangung des Hauptschuldners, in Gemäßheit des § 311 Tit. 14 Th. I. A. L. R., den Bürgen mit vorladen läßt, dieser aber einen Rückbürgen hat, der ihm für allen aus der Bürgschaft erwach-

Digitized by Google

senden Schaden regreßpflichtig ist, so ist ihm die rechtliche Veranlassung gegeben, seinerseits den Rückbürgen, wie es der § 382 a. a. O. vorschreibt, zum Prozesse zuzuziehen.

Die Zulässigkeit einer solchen weiteren Litisdenunciation folgt aber auch aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 25 Tit. 17 der Proz.-Ord., wonach der assistirende Litisdenunciat „mit dem Adcitanten oder Litisdenuncianten Eine Person vorstellt, und alle die Rechte und Verbindlichkeiten hat, welche diesem zukommen oder obliegen." Zu diesen Prozeßrechten gehört vor Allen das Recht zur Litisdenunciation selbst, weil dieses ein sehr wesentliches Mittel ist, sein Interesse bei der Streitsache zu wahren, sei es durch Verschaffung des nöthigen Angriffs- oder Vertheidigungsmaterials, sei es durch Sicherung des Regresses im Falle eines ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites.

Ja selbst im Allgemeinen Landrechte läßt sich eine Hindeutung auf die hier fragliche weitere Litisdenunciation finden, indem der § 149 Tit. 11 Th. I bestimmt:

> „Der Käufer kann sich der Vertretung halber nur an seinen unmittelbaren Verkäufer halten, und muß es diesem überlassen, auf seinen Vormann zurückzugehen."

Die hier vertheidigte Ansicht hat auch nach gemeinem Rechte unbestrittene Geltung.

> Carpzov. Opus Decis. dec. 212 Nr. 1 sq.: Fieri potest, ut in una eademque causa plures fiant litis denunciationes. Finge: Reus actione evictionis conventum, autori suo litem denunciare, qui rursus suum autorem jure compellat, eumque ad sibi assistendum invitat, quod denunciatae litis remedio uti necesse habet, si causa sua periclitari nolit. Nec enim re evicta et condemnato eo ad restituendum reo pretium ex causa evictionis, regressus ipsi dabitur adversus suum autorem ad damni restitutionem intermissa litis denunciatione; eodemque modo tertio ac quarto et sic postea lis denunciari solet...
>
> Voet, com. ad P. XXI. 2 Nr. 21: ... Et si res eadem saepius vendita per plures manus ambulaverit, ac ultimo tandem possessori evincatur, non jure hic primo autori quasi per saltum denunciaverit.. sed potius emtor postremus auctori suo, atque hic rursus ei, a quo immediate rem nactus est, denunciationem litis motae facere debet, donec ad primum autorem deventum fuerit..

Vergl. Glück, Erläut. der Pand. B. 20. S. 409.

Hiermit stimmen auch die neuesten Civilprozeßordnungen überein. R. E. Ullmer (Obergerichtspräsident) bemerkt in seiner Darstellung des Zürcherischen Civilprozesses (Zürich 1861) aus dem

Digitized by Google

allgemeinen Theil Titel III Cap. 1.... VIII „Streitverkündigung (Litisdenunciation)."

Nr. 4. Wenn sich frägt, ob das Recht der Streitverkündung sich bloß auf die ursprünglichen Proceßparteien beschränke oder auch den später hinzugekommenen Theilen, somit den Denunciaten, soferne sie in Folge der Streitverkündung dem Processe beigetreten sind, zustehe, so gibt zu einer Verneinung dieser Frage weder die Gesetzgebung noch die Praxis Veranlassung. Ebensowenig aber läßt sich die Beschränkung aus der Natur der Sache (der dem Institute zu Grunde liegenden Rechtsidee) ableiten, da die Streitverkündung ein Mittel zur bessern Wahrung der Rechte der streitenden Theile seyn soll. Wenn man nun auch einen am Processe theilnehmenden Denunciaten darum, weil das Dispositive des Urtheils nicht unmittelbar gegen ihn gerichtet wird, nicht als Proceßpartei ansehen wollte — obgleich bekannter Maßen unser Verfahren ihm gestattet, den Proceß allein und ohne den Denunciauten fortzuführen, so hängt doch eine genügende Wahrung der Rechte einer ursprünglichen Partei zuweilen von der Möglichkeit, auch die mittelbar Betheiligten beizuziehen, ab. Endlich ist in Betracht zu ziehen, daß sich gegen eine solche auch dem Denunciaten zustehende Befugniß, seinem Regreßpflichtigen Streit zu verkünden, auch nicht die Gefahr größerer Verwickelung und Verzögerung des Prozesses entgegenstellen läßt, weil sämmtliche Denunciaten mit dem ersten Denuncianten nur eine Proceßpartei bilden, und jeder hinzutretende Denunciat den Streit in demjenigen Stadium, in dem er sich zur Zeit seines Eintrittes befindet, aufnehmen muß.

Pözl's Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgeb. und Rechtswiss. III S. 513, 514.

So ist denn auch in den Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung (nach den bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen) die Bestimmung aufgenommen:

§ 65 a. E.: „Der Aufgeforderte kann auch seinerseits dritten Personen den Streit verkündigen."

Allgem. Oesterreich. Gerichts-Zeit. 1863. S. 315.

Digitized by Google

Nr. 11.

Kann die aus einem bestimmten Grunde erklärte Aufkündigung der Miethe oder Pacht für die aus einem anderen Grunde nachgesuchte Räumung wirksam werden?

Rechtsfall, mitgetheilt u. besprochen vom Gerichtsassessor Eduard Cremer in Bochum

---

Der Landwirth T. vermiethete dem Handelsmann L. eine Stallung vom 1. November 1858 an. Nach der Abrede soll die Miethe am 1. November 1862 aufhören, wenn von den Contrahenten im April 1862 gekündigt wird, sonst aber bis zum 1. November 1866 dauern. Dem Vermiether steht außerdem eine viermonatliche Kündigung zu, falls der halbjährig zu zahlende Miethzins einmal rückständig bleibt. Im December 1861 kündigte T. dem L., weil er mit der Miethzahlung ausgeblieben, unter der Aufforderung an ihn, am 1. Mai 1862 zu räumen. Derselbe klagte auch in Verfolg dieser Kündigung auf Räumung, wurde aber mit seiner Klage abgewiesen. Im November 1862 stellte T., auf die im December 1861 erfolgte Kündigung sich stützend, gegen L. von Neuem die Räumungsklage an, weil nach dem Vertrage die Miethe am 1. November 1862 ihre Endschaft erreicht habe. Der Verklagte verweigerte die Räumung, weil ihm im April 1862 nicht gekündigt sei und die Kündigung vom December 1861 auf den gegenwärtig geltend gemachten Räumungsgrund nicht bezogen werden könne.

Durch das in I. Instanz ergangene und rechtskräftig gewordene Urtheil wurde Verklagter für schuldig erkannt, die gemiethete Wohnung zu räumen. Es ist angenommen, daß, weil einmal die Miethe gekündigt sei, der Miether auch aus dem in gegenwärtigem Prozesse aufgestellten Grunde zu räumen habe.

Es soll hier versucht werden, die entgegengesetzte Ansicht zu begründen:

Der Kläger will die Kündigung, welche auf dem früher eingeschlagenen Wege das Ziel verfehlt hat, zur Grundlage eines neuen Räumungsprozesses machen. Jene Kündigung läßt sich aber mit der durch diesen Prozeß erstrebten Räumung nicht in Zusammenhang bringen. Die Thatsache, daß der Kläger früher von seinem Miether die Räumung verlangt hat, weil er den Miethzins nicht bezahlt habe, berechtigt folgerichtig nur zu dem Schlusse, daß er dem Verklagten die Miethe deshalb nicht belassen wollte, weil er ihn für einen säumigen Zinszahler hielt. Keineswegs aber folgt aus jenem Umstande, daß der Kläger

Digitized by Google

entschlossen gewesen sei, den Miethvertrag aufzuheben, wenn der Miether seine Miethe bezahlt haben würde. Vielmehr durfte der Miether in der Ueberzeugung, daß der lediglich geltend gemachte Vorwurf der unterlassenen rechtzeitigen Miethzahlung sich in dem betretenen Wege Rechtens als unbegründet herausstelle, mit Sicherheit annehmen, daß die stipulirte Miethe nunmehr nicht bloß 4, sondern 8 Jahre dauern werde. Denn für diesen Zeitraum war die Miethe vereinbart, falls die verabredete Kündigung im April 1862 nicht erfolge. Nach dem Vertrage der Partheien ist die Dauer der Miethe für 4 Jahre eine unbedingte, die auf 8 Jahre aber eine bedingte. Bedingung heißt jede zukünftige, ungewisse Thatsache, an welche der Wille das Dasein eines Rechtsverhältnisses geknüpft hat.*) Im vorliegenden Falle ist der vorausgesetzte Thatumstand eine freie Handlung der Contrahenten, die Bedingung also die incorrekt wohl: „conditio potestativa“ genannte. l. un. § 7 C. (6, 51); l. 60 pr. D. (35, 1); l. 4 § 1 D. (28, 5); §§ 109—111 (I. 4) A. L. R. — Es resolvirte demzufolge die zweite Hälfte der Miethe, wenn zu der angegebenen Zeit erklärt wurde, daß die Miethe nur vier Jahre dauern solle. Die Bedingung ist nicht erfüllt worden; von keiner Seite ist die Erklärung abgegeben, daß der Miethvertrag über vier Jahre nicht andauern solle. Das Heranziehen der Kündigung vom December 1861 aber erscheint unzuläßig, weil sie aus einem ganz andern Grunde erfolgt war. Wie der Richter in dem auf Grund jener Kündigung angestellten Vorprozesse die Räumung nicht hätte aussprechen können, wenn die Entscheidung jenes Rechtsstreites über den Räumungstermin vom 1. November 1862 hinausgefallen wäre, so kann er es auch nicht gestatten, daß die Grundlage jenes Prozesses jetzt für den gegenwärtigen benutzt werde. Es sind zwei durchaus verschiedene Berechtigungen, welche die beiden Prozesse charakterisiren und jede derselben setzt eine besondere Willensäußerung, Kündigung, voraus. Diese Willenserklärung fehlt für das im vorliegenden Prozesse geltend gemachte Recht. Muß hiernach die Bedingung als ausgefallen betrachtet werden, so ist in Folge dieser Deficienz auch das Recht auf Aufhebung des fraglichen Miethvertrages selbst weggefallen und die Miethe, so wie sie ursprünglich bestanden, für die ganze Tragweite des Vertrages perpetuirt worden. l. 15 pr. D. (18, 2); l. 3 D. (18, 1); l. 2 § 5 D. (41, 4); §§ 114. 115 (I. 4) A. L. R. — Die angestellte Räumungsklage war demnach ohne rechtlichen Gehalt und hätte zurückgewiesen werden müssen.

*) Vergl. v. Savigny, System Bd. III. p. 121; v. Vangerow, Lehrb. Bd. I. § 93, Anm. 1.

Digitized by Google

Nr. 12.

Befugniß des Wechselschuldners, den die Wechselexecution in das Vermögen nachsuchenden Gläubiger auf das ihm bestellte Pfand zu verweisen.

In einer Wechselprozeßsache war gegen den verurtheilten Verklagten die Mobiliar-Execution nachgesucht worden. Derselbe machte geltend, daß er für die Wechselschuld eine hypothekarische Caution bestellt habe und hielt deshalb, unter Hinweisung auf § 11 der Executions-Verordnung vom 4. März 1834, den Kläger für verpflichtet, entweder sich zunächst an die Hypothek zu halten, oder wenigstens, ehe er die Mobiliar-Execution beantrage, über die Hypothek, unter Rückgabe der Cautionsurkunde, eine Löschungs-Bewilligung in öffentlicher Form auszustellen. Der Prozeßrichter wies jedoch jenen Einwand mit dem Eröffnen zurück, daß durch das Gesetz vom 11. Mai 1839:

> „Dem Wechselgläubiger ist gestattet, neben der Execution gegen die Person seines Schuldners gleichzeitig die Execution in dessen Vermögen zu suchen."

die Bestimmung des § 11 der Verord. vom 4. März 1834 für Wechselsachen ausgeschlossen sei.

Die von dem Verklagten hiergegen erhobene Beschwerde ist durch die Verfügung des Appellationsgerichts zu Hamm vom 15. October 1863 für begründet erachtet worden. Dieser Beschluß beruht auf folgenden Erwägungen:

Vor Emanation des Gesetzes vom 11. Mai 1839 konnte der Wechselgläubiger, der sich ein Pfand hatte bestellen lassen, nach ausdrücklicher Vorschrift des Anhangs § 188 zu § 45 Tit. 27 Th. I der Allg. Ger. Ord. die Vollstreckung des Personalarrestes nicht anders verlangen, als wenn er zuvor das Pfand herausgegeben. Diese Vorschrift ist jetzt allerdings soweit geändert, daß der Gläubiger sich neben der Execution in das Vermögen zugleich an die Person des Schuldners halten darf. Hält er sich aber, wie im vorliegenden Falle, lediglich an das Vermögen, so findet das Gesetz vom 11. Mai 1839 gar keine Anwendung, der Modus der Execution richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Bestimmungen, welche eine Verweisung des Gläubigers an das Pfand gestatten und welche durch den § 188 des Anhangs als auch für die Wechsel-Execution geltend anerkannt sind. Dagegen läßt sich auch nicht anführen, daß, wenn nach dem Gesetz von

Digitized by Google

1839 neben der Execution in das Vermögen zugleich die Execution gegen die Person zuläßig sei, alsdann doch auch die Execution in alle Theile des Vermögens statthaft sein müsse, weil die Personal-Execution doch erst den äußersten und letzten Grad der Execution bilde. Diese Argumentation aus dem Verhältniß der Executionsgrade zu einander paßt nicht, weil in Wechselsachen gerade umgekehrt der Personalarrest als das nächste und prinzipale Executionsmittel betrachtet wird. (§ 45 Tit. 27 a. a. O.), daher denn auch das Gesetz von 1839 nicht sagt, daß neben der Execution in das Vermögen diejenige gegen die Person zuläßig sei, sondern, die letzte als die Regel hinstellend, daß neben der Execution gegen die Person auch diejenige in das Vermögen stattfinde. — Es ist zudem endlich kein Grund erfindlich, weshalb hinsichtlich der Execution in das Vermögen, die ja an sich keine Besonderheit des Wechselprozesses bildet, ein Pfandvertrag nicht die gewöhnlichen Wirkungen (§§ 46 f. Tit. 20 Th. I des Allgem. Landrechts) äußern sollte; die spezifische Wechselstrenge beruht nur in der sofortigen Zuläßigkeit des Personalarrestes.

Auch Koch in seinen Noten zur Allg. Ger. Ord. (Note 24a zu § 188 des Anhangs) billigt die hier vertheidigte Ansicht und das Ober-Tribunal geht sogar noch weiter, indem es dem Wechselschuldner das Recht einräumt, durch die Verweisung des Gläubigers auf die Hypothek sich auch vor dem Personalarrest zu schützen (Just. Min. Bl. 1857 S. 138).*)

---

*) Volkmar und Löwy, die Deutsche Wechsel-Ordnung S. 17, 18 bemerken: Es fragt sich, ob die Vorschrift des Anhangs § 188 noch zu Recht bestehe. Dies ist zu verneinen. Dafür spricht:

1) der § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1839,
2) der Art. 2 der Deutschen Wechsel-Ord.,
3) die Artikel 28, 29 ebendas.

Aus ihnen geht hervor, daß der Inhaber die Sicherheit zurückbehalten und zugleich Personalhaft beantragen darf.

4. der § 31 des preuß. Entwurfes und die Leipziger Protokolle S. 167.

Das Ober-Tribunal hat jedoch angenommen:

1) Gleichzeitige Vollstreckung der Wechselexecution gegen die Person des Schuldners und in das für die Wechselforderung als Conventional-Hypothek bestellte Grundstück ist nicht zuläßig.
2) Die Cumulation der Immobiliar- und Personal-Execution ist dagegen dann statthaft, wenn das Immobile nicht zur Conventional-Hypothek für die Wechselforderung bestellt war.

Digitized by Google

Nr. 13.

Wesen und Inhalt des Diffessionseides in Wechselsachen.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt und besprochen von W. Rauschenbusch, Rechtsanwalt bei dem Appellationsgericht zu Hamm.

Aus einem, wie folgt, lautenden Wechsel:

„Mülheim a/d. Ruhr den 9. November 1859. Für Thlr. 412 Pr. C. Primo Mai 1860 zahlen Sie gegen diesen meinen Wechsel an die Ordre meiner selbst die Summe von Vierhundert und zwölf Thaler Preuß. Court. den Werth in Rechnung und stellen solchen auf Rechnung laut Bericht. H. Kortheuer.
Herrn J. Salomon J. Salomon."
in Mülheim a/d. Ruhr.

nahm ein Cessionar des H. Kortheuer die Inhaberin der Handlung J. Salomon, Frau J. Salomon in Mülheim a/d. Ruhr, als Acceptantin in Anspruch. — Wegen der Nichtanerkennung des Wechsels wurde von ihr der Diffessionseid in der Form gefordert:

„ich schwöre, daß ich den zur Klage gestellten Wechsel vom 9. November 1859 weder eigenhändig als Acceptantin unterschrieben habe, noch daß mein Ehemann denselben mit meinem Wissen und Willen für mich als Acceptantin unterschrieben hat,"

und da sie diesen Eid nicht leistete, andere hier nicht interessirende Einreden auch nicht als durchschlagend erachtet wurden, auf Verurtheilung der Verklagten erkannt.

In der Appellations-Rechtfertigung wurde unter Beweis gestellt, daß der Wechsel von J. Salomon Namens der Verklagten als trassirt eigner Wechsel ausgestellt sei, dann auf Veranlassung des Klägers der H. Kortheuer seinen Namen zwischen den Kontext des Wechsels und die Unterschrift des Trassanten gesetzt, somit den trassirt eignen Wechsel des J. Salomon in einen von Kortheuer auf J. Salomon trassirten, von letzterm acceptirten Wechsel verwandelt und den J. Salomon aus der Position eines Trassanten in die eines Acceptanten gedrängt, auch demnächst den Wechsel an Kläger girirt habe.

Der zweite Richter, das Appellations-Gericht zu Hamm, bestätigte unterm 29. Mai 1863 das I. Urtel, indem es die vorbemerkte Einrede der Fälschung durch folgende Ausführung als unbegründet verwarf:

Digitized by Google

„Verklagte sollte schwören, daß sie den Wechsel vom 9. November 1859 weder eigenhändig als Acceptantin unterschrieben, noch, daß ihr Ehemann denselben mit ihrem Wissen und Willen für sie als Acceptantin unterschrieben habe.

Das Protokoll vom 28. April 1863 enthält am Schlusse die Bemerkung: „Verklagte erklärte, ich will den Eid nicht leisten." Letztere ist daher pro jurare nolente zu erachten und es steht fest, entweder, daß sie selbst den Wechsel als Acceptantin unterschrieben oder ihr Ehemann mit ihrem Wissen und Willen denselben für sie als Acceptantin unterschrieben hat. Die Verklagte will nun in dieser Instanz den Beweis führen, daß J. Salomon der Aussteller sei und Kortheuer den Wechsel erst später unterschrieben habe. Der erste Theil dieser Behauptung würde, wie bemerkt, durch den Eid widerlegt sein, auf den zweiten Theil aber kommt es gar nicht an. Wie die Reihenfolge der Unterschriften des Ausstellers und Acceptanten historisch entstanden ist, ist durchaus gleichgültig."

In der gegen diese Entscheidung eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde wurde, soweit sie die hier allein hervorgehobene Einrede befaßt, folgendes ausgeführt:

„...Sodann klage ich den zweiten Richter einer Verletzung der Artikel 82, 75 und 76 der Wechsel-Ordnung an, indem er die Einrede der Fälschung, obgleich sie so, wie sie gestellt war, auch dem Kläger gegenüber zustand, nicht für zutreffend erachtet.

Die Behauptung geht dahin, die Verklagte sei gar nicht Acceptantin, sondern Traffantin; ihrer Unterschrift als Traffantin sei aber durch eine Fälschung die Bedeutung eines Accepts beigelegt worden, indem nachher ein anderer Name zwischen den Context des Wechsels und ihre Unterschrift geschoben worden, somit nun der, dessen Namen zwischengeschoben, als Aussteller, sie aber als Acceptantin erscheine.

Der Vorderrichter hat diese Behauptung um deswillen nicht berücksichtigt, weil durch die Nichtleistung des Diffessionseides nicht bloß feststehe, daß die Verklagte den Wechsel unterschrieben habe, sondern auch, daß sie ihn als Acceptantin unterschrieben habe. Er verwechselt dadurch den Diffessionseid mit dem deferirten Eide, nennt sogar richtigerweise den Diffessionseid einen deferirten Eid, legt der Nichtleistung des Diffessionseides irrthümlich die Wirkung der Nichtleistung des deferirten Eides bei, gibt dadurch dem Diffessionseide einen Inhalt, den er gesetzlich nicht hat, indem nämlich durch Leistung oder Nichtleistung des Diffessionseides nur die Nichtunterschrift oder Unterschrift der vorgelegten Urkunde, nicht aber der Inhalt der Urkunde festgestellt

Digitized by Google

wird. Er verletzt dadurch den § 134 Tit. 10., den § 10 Nr. 8 Tit. 1 Th. I A. G. O. und, indem er an die Nichtleistung des Offessionseides ein Präjudiz geknüpft hat, das das Gesetz nicht androht, zugleich den § 135 Tit. 10 Th. I A. G. O., den § 5 Nr. 2 und Nr. 10 und c. der Verordnung vom 14. December 1833. Er verletzt somit wesentliche Prozeßvorschriften und erkennt insbesondere dadurch gegen den klaren Inhalt der Akten, daß er aus der Erklärung der Verklagten, die Unterschrift nicht diffitiren zu wollen, die Erklärung entnimmt, sie habe den Wechsel als Acceptantin unterschrieben.

Wird aber, um die materielle Seite der Sache zu berühren, festgestellt, daß die Verklagte nicht Acceptantin des Wechsels ist, so fällt nicht nur der gegenwärtige Klage-Anspruch, der gegen sie gerade als Acceptantin gerichtet ist, weg, sondern gleichzeitig jeder Anspruch.

Als Trassantin haftet sie nicht, weil ein eigentrassirter Wechsel ohne Domicil keine Bedeutung hat und weil durch Unterlassung des Protests und Eintritt der Verjährung der Wechsel gegen sie präjudicirt sein würde."

Das Obertribunal verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde durch Urth vom 16. Juli 1863 aus folgenden Erwägungen:

„Der von der Verklagten, da von ihr das Accept auf dem fraglichen Wechsel nicht rekognoscirt worden, in Gemäßheit des § 134 Tit. 10 Th. I der Allg. Ger. Ordg. zu leistende Offessionseid ist so, wie geschehen, unter Zuziehung der Parteien normirt worden, und hat gegen diese Norm die Verklagte überall keine Einwendungen vorgebracht, sich vielmehr wiederholt zur Ableistung des also normirten Eides erboten. Da es sich dabei nicht um die Unterschrift des Wechsels (als Ausstellers), sondern um die Annahme desselben Seitens der Verklagten und zwar dadurch, daß sie ihren Namen oder ihre Firma auf die Vorderseite des Wechsels geschrieben (Art. 21 Abs. 3 der Allgem. deutschen Wechsel-Ordnung) handelte, so läßt sich auch nichts dagegen erinnern, daß in die Eidesnorm das Wort: „Acceptantin" mit aufgenommen worden. Durch diesen Zusatz — der eben so gut auch hätte fehlen können, wo alsdann jedoch die Eidesnorm etwas anders hätte gefaßt werden müssen — ist aber der Eid selbst keineswegs zu einem deferirten Eide geworden, und wird daher mit Unrecht von der Verklagten dem Appellationsrichter eine Verwechselung des Offessionseides mit dem deferirten Eide zur Last gelegt.

Damit zerfällt der ganze vorstehend dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf von selbst, ohne daß es nöthig ist, auf eine spezielle Widerlegung der einzelnen Theile desselben und namentlich auch auf

Digitized by Google

eine Erörterung über die Natur des Dissessions-Eides überhaupt näher einzugehen.

Da in Folge der von der Verklagten zu dem Protokolle vom 28. April 1863 abgegebenen Erklärung, den in Rede stehenden Eid nicht leisten zu wollen, der Appellationsrichter dieselbe mit Recht pro jurare nolente erachtete, und demgemäß als feststehend angenommen hat, daß der auf der Vorderseite des Wechsels stehende Annahme-Vermerk: „J. Salomon" von der Verklagten oder doch von ihrem Ehemanne mit ihrem Wissen und Willen für sie geschrieben ist, so kann hier so wenig von der Androhung oder Vollziehung eines unrichtigen und ungesetzlichen Präjudizes die Rede sein, als die Verletzung einer sonstigen wesentlichen Prozeßvorschrift und insbesondere ein Erkennen gegen den klaren Inhalt der Akten vorliegt.

Vergebens sträubt die Verklagte sich dagegen, als Acceptantin des fraglichen Wechsels zu gelten. So verfehlt sich der obige, zu dem Ende von ihr gegen das Appellations-Erkenntniß vorgebrachte Angriff darstellt, ebenso unbegründet ist der Einwand der Fälschung, mit welchem die Verklagte noch in zweiter Instanz hervorgetreten ist. Diesen Einwand hat der Appellationsrichter nicht minder ganz mit Recht verworfen.

Deshalb wird demselben von der Verklagten eine Verletzung der Art. 82. 75 und 76 der Allg. deutschen Wechsel-Ordnung zur Last zu legen gesucht.

Denn in Bezug auf die Einrede der Fälschung, welche so, wie sie gestellt worden, ihr auch dem Kläger gegenüber zugestanden, gehe ihre Behauptung dahin, daß sie gar nicht Acceptantin, sondern Trassantin sei. Ihrer Unterschrift als Trassantin sei nämlich durch eine Fälschung die Bedeutung eines Accepts beigelegt, indem nachher ein anderer Name zwischen den Kontext des Wechsels und ihre Unterschrift geschoben worden, so daß der, dessen Namen zwischen geschoben sei, als Aussteller, sie aber als Acceptantin erscheine.

Zur Motivirung der Verwerfung der obengedachten Einrede ist von dem Appellationsrichter erwogen: „„Verklagte will aus der Eigenthümlichkeit der Stellung der Unterschriften des Wechsels und anderen begleitenden Nebenumständen den Beweis führen, daß: J. Salomon der Aussteller, resp. Remittent sei, und der Kortheuer den Wechsel erst später unterschrieben habe. Der erste Theil dieser Behauptung würde durch den Eid widerlegt sein, auf den zweiten kommt es aber gar nicht an. Wie die Reihenfolge der Unterschriften des Ausstellers und

Digitized by Google

des Acceptanten historisch entstanden ist, ist durchaus gleichgültig. Ob der Aussteller das Accept des Bezogenen herbeigeführt, oder ob der Bezogene als Acceptant seine Namens-Unterschrift auf den Wechsel gesetzt und diesen dann einem Dritten ausgehändigt hat, damit dieser durch seine Namens-Unterschrift sich des Wechsels als Aussteller bediene, bleibt für die Gültigkeit des Wechsels, wenn sonst nichts dagegen zu erinnern, durchaus unwesentlich. Genug dieser Dritte, nämlich Kortheuer, hat nach erfolgter Wechsel-Unterschrift als Inhaber des Wechsels denselben an den Kläger weiter girirt, und die Verklagte ist dem Letzteren nach den Art. 16. 21 und 23 der Allg. Deutschen Wechselordnung wechselmäßig für die verbriefte Summe verhaftet.""

Die Richtigkeit dieser Erwägungen leuchtet zu sehr von selbst ein, als daß es nöthig sein könnte, solche noch näher darzulegen und auseinanderzusetzen. Die Verklagte hat gegen dieselben auch nichts weiter vorzubringen vermocht, als die bereits gedachte Beschuldigung einer Verletzung der Art. 82. 75 und 76 der Wechsel-Ordnung. Dieser Vorwurf findet indessen schon dadurch seine Erledigung, daß der Appellationsrichter den hier fraglichen Einwand ausdrücklich als einen zu den im Art. 82 cit. gedachten Einreden gehörenden betrachtet hat, und daß sich nicht wohl absehen läßt, wie der Appellations-Richter die von falschen Wechseln handelnden Art. 75 und 76 cit. durch seine Entscheidung verletzt haben soll."

Daß diese Gründe überzeugend seien, will uns nicht einleuchten. Denn, wenn das Tribunal selbst zugibt, daß in der Norm des Diffessionseides der Zusatz „als Acceptantin" ebenso gut hätte fehlen können, so räumt es damit den wesentlichsten Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde als richtig ein, den nämlich, daß die Feststellung des Charakters der zu diffitirenden Urkunde gar nicht zum wesentlichen Inhalt des Diffessionseides gehört.

Wird das aber zugegeben, dann ergeben sich alle diesseits gezogene Consequenzen ganz von selbst. Es folgt dann, daß die Leistung oder Nichtleistung des Diffessionseides für den Inhalt der Urkunde nichts feststellt, sondern, daß dadurch sich nur die Frage feststellt, ob der zum Eide Gelassene die unter der Urkunde befindliche Unterschrift geschrieben habe, oder nicht. Die weitere Frage, ob er seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier geschrieben, oder ob wenigstens die Urkunde bei seiner Unterschrift nicht so gelautet habe, wie sie vorliegt, das sind Fragen, die dem Beweise des

Digitized by Google

nicht Diffitirenden offen gehalten sind und ihm nicht abgeschnitten werden können, wie sich auch aus § 136. Tit. I A. G. O. mit Nothwendigkeit ergibt.

Besteht aber das Wesen des Diffessionseides darin, daß durch seine Nichtleistung oder Leistung festgestellt wird, ob die betreffende Unterschrift von jemanden herrührt oder nicht, während durch die Nichtleistung oder Leistung des zugeschobenen Eides die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der den Inhalt der Eidesnorm bildenden Thatsache festgestellt wird, § 10 Nr. 8. Tit. 13. a. a. O., so erscheint auch insbesondere, entgegen den Ausführungen des Obertribunals, der dem II. Richter gemachte Vorwurf der Verwechslung der Bedeutung eines Diffessionseides mit der Bedeutung eines deferirten Eides wohl begründet.

Nr. 14.

Einfluß der Entscheidung des Strafrichters auf den Entschädigungsanspruch des Verletzten. *)

Ein Erkenntniß des Kreisgerichts zu Dortmund vom 19. Juni 1863 spricht sich über diesen Punkt dahin aus:

Es ist zwar eine vielfach bestrittene Frage:

ob die Entscheidung des Strafrichters für den Civilrichter bei Verfolgung des Entschädigungs-Anspruches bindend sei.

Dieselbe muß aber für das Preußische Recht bejaht werden. Denn

1) liegt es in dem Wesen der richterlichen Gewalt im Staate, daß der rechtskräftige Richterspruch des einen Richters auch für den andern maßgebend ist. Die richterliche Gewalt ist eine einheitliche, das einzelne Gericht ist nur ein Organ des höchsten Inhabers der richterlichen Gewalt. Hat es gesprochen, so hat Letzterer durch dasselbe gesprochen. Eine nochmalige Verhandlung derselben Sache kann nur da denkbar sein, wo das Gesetz dieses anordnet.

2) Solche Anordnung liegt nicht im § 6 des Strafgesetzbuches:

„Das Recht des Beschädigten ist von der Bestrafung unabhängig."

---

*) Vergl. die Abhandlung Förster's in diesen „Beiträgen" II. S. 354 f.

Digitized by Google

Diese Vorschrift kann ihre Auslegung nur darin finden, daß die Verurtheilung zum Schadensersatz auch dann verlangt werden kann, wenn nach den diesem § vorhergehenden Bestimmungen eine Bestrafung nicht stattfindet. Nur in diesem Zusammenhange findet der § eine verständliche Stellung im Strafgesetzbuche; anders aufgefaßt, gehört er gar nicht dorthin. Keinesfalls hat gesagt werden sollen, daß wenn die Bestrafung stattgefunden, der Verurtheilte seine Unschuld noch im Civilverfahren darthun könnte. Solches konnte nicht gesagt werden; denn

3) der Strafrichter hat das Amt,

a. über Schuld oder Unschuld bezüglich eines Verbrechens, Vergehens ꝛc. zu befinden,

b. den für schuldig Befundenen mit Strafe zu belegen (§§ 22, 23 der Verordnung vom 3. Januar 1849).

Seine Funktion ist somit eine doppelte: die Thatsache zu prüfen und das Strafgesetz anzuwenden. Das Resultat der Prüfung der Thatfrage ist die Grundlage für die Anwendung des Gesetzes. Das Gesetz kann neben den strafrechtlichen auch civilrechtliche Folgen vorschreiben. Ueber letztere hat der Civilrichter zu befinden. Er muß aber auf Berufen darüber befinden, wenn der Strafrichter über die Thatfrage entschieden hat; denn letzteres ist recht eigentlich die Sache des Strafrichters. Die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen hat eine höhere sittliche Bedeutung, als die Entscheidung über den Entschädigungsanspruch. Der Schuldigspruch des Criminalrichters hat Bedeutung für den Staat, die staatliche Gemeinschaft, also auch für den Beschädigten. Er gilt daher auch speziell zwischen ihm und dem Verbrecher. Eine Anfechtung des Schuldigspruches im Civilverfahren ist daher bei richtiger Würdigung des Schuldigspruches nicht denkbar. Letzterer würde von seiner hohen sittlichen Bedeutung, der Achtung vor der Handhabung der Gerechtigkeit verlieren, wenn der Civilrichter, der allein über den untergeordneten Entschädigungsanspruch zu entscheiden hat, befugt wäre, die Schuldfrage nochmals zu prüfen, und, wenn er anderer Ansicht wie der Strafrichter ist, dieselbe zu verneinen.

4) Daher widerlegt sich der Einwand, daß der Richterspruch nur zwischen den Parteien Recht schaffe, daß der Civilkläger aber im Strafverfahren nicht Partei sei, daher das Straferkenntniß die Civilrechtsverhältnisse beider Theile nicht berühre. Denn der Civilkläger ist allerdings durch das Organ des Staates, die Staatsanwaltschaft, mit vertreten gewesen.

Digitized by Google

5) Ebenso widerlegt sich der Einwand, daß das Recht des Civilklägers davon abhängt, ob er den Beweis seiner Behauptungen nach den positiven Beweisregeln erbringen könne, daß aber der Strafrichter unabhängig von diesen Beweisregeln erkennen könne, weshalb zur Begründung des Civil-Anspruches noch eine besondere Beweisführung nöthig sei.

Dieser Einwand beruht auf der Verkennung des Wesens des Straferkenntnisses, insbesondere des Schuldigspruches. Der Schuldigspruch des Strafrichters ist kein Beweismittel für die Schuldbarkeit; denn er ist das Resultat einer Beweisaufnahme, also selbst kein Beweis. Er ist die Präjudicial-Entscheidung, die Grundlage für den Entschädigungsanspruch, das fundamentum agendi. Die Bezugnahme auf die Untersuchungs-Akten hat also keine andere Bedeutung, als daß durch sie bewiesen werden soll, daß das Fundament, die Schuldigsprechung, in Wahrheit beruht. Aus dieser folgt ebenso nothwendig die Verpflichtung zum Schadensersatz wie die Verurtheilung zur gesetzlichen Strafe. Der Civilrichter hat daher, nachdem der Schuldigspruch erwiesen, nur noch den Entschädigungsanspruch in quanto zu untersuchen, soweit dessen thatsächliche Feststellung nicht bereits zur Begründung der Strafgesetzes-Anwendung im Strafverfahren erfolgt ist.

6) Zu welchen Abnormitäten man gelangen kann, wenn der Civilrichter über die Thäterschaft nochmals und zwar nach den positiven Beweisregeln zu erkennen hätte, davon nur ein Beispiel. Wenn nämlich nach diesen Regeln nur soviel bewiesen ist, daß der Verklagte zum Reinigungseide verstattet werden müßte, so würde derselbe zum eigenen Richter in seiner Sache gemacht werden und in die Lage kommen, durch eigenen Eid seine Unschuld dem Civilrichter gegenüber bindend darzuthun, obwohl er vom Strafrichter für schuldig erklärt ist. Ist die verletzende Handlung aber eine solche gewesen, daß Verklagter derentwegen mit einer entehrenden Strafe belegt ist, so ist der Civilrichter in der unerhörten Lage, dieselbe Handlung, die vor ihm noch erwiesen werden soll, also für ihn unbewiesen sein muß, dem Verklagten nach § 25 Tit. 13, § 227 Nr. 7 Tit. 10 der Proz.-Ord. als Hinderniß vorzuhalten, seine Nichtthäterschaft durch einen Eid zu erhärten, und weil Verklagter derentwegen bestraft ist, dem Kläger den Erfüllungseid aufzuerlegen, selbst wenn der Strafrichter lediglich auf die beeidigte Aussage des Civilklägers hin, in Verbindung mit irgend einem andern an sich wenig erheblichen Umstande, das Schuldig ausgesprochen hätte. Entweder soll die Entscheidung des Strafrichters für den Civilrichter überhaupt maßgebend sein,

Digitized by Google

oder sie soll es ganz und gar nicht, sie soll für den Civilrichter gar nicht existiren. Nur dann werden solche Abnormitäten vermieden.

7) Daß aber die Preußische Prozeß-Gesetzgebung nicht der letztern Alternative im Principe gefolgt ist, geht aus den zahlreichen Beispielen hervor, in denen der Schuldigspruch des Strafrichters an sich für den Civilrichter maßgebend ist. Solche Beispiele sind keine Ausnahmen, durch welche die Regel bestärkt würde; denn es ist nirgend auch nur eine Andeutung dafür gegeben, daß diese Bestimmungen Ausnahmen sein sollten. Vielmehr sind sie nur ein Ausdruck des durch die ganze Gesetzgebung dringenden Prinzipes der Unumstößlichkeit der richterlichen Urtheilssprüche Behufs Erhaltung der Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft, der Stärkung und Erhaltung des Rechtsbewußtseins (vergl. § 65 der Einl. zur Allg. Ger.-Ord.). Daß insbesondere das Strafurtheil für die Civilrechtsverhältnisse maßgebend und für den Civilrichter bindend sein soll, ist am deutlichsten in § 24 Tit. 16 der Proz. Ord. zum Ausdruck gelangt:

> „Ist über eine solche Thatsache ein Eid von dem Gegentheile de veritate geschworen, und auf dessen Grund die Thatsache für wahr angenommen oder als unwahr verworfen worden, so findet dagegen keine Restitution Statt, sondern dem Imploranten steht bloß frei, den Gegentheil allenfalls des Meineides, wenn er sich dessen getrauet, zu überführen. Wird dieses bewerkstelligt, so folgt von selbst, daß dem Beschädigten zum Ersatze alles dessen, was er durch das Verbrechen des Gegners verloren hat, durch den Richter verholfen werden muß." *)

Der vorstehend entwickelten Ansicht entgegen hat auf die Appellation des Verklagten das Appellationsgericht zu Hamm die wiederholte Aufnahme der in den Untersuchungs-Akten enthaltenen Beweise über die Thäterschaft des Verklagten durch einen Vorbescheid angeordnet.

Die von jeher streitige Frage über den Einfluß der thatsächlichen Feststellung des Strafrichters auf die Geltendmachung des durch die strafbare Handlung begründeten Civilanspruches hat, namentlich in der neueren Zeit, vielfach die Theorie beschäftigt. [1])

---

*) Vergl. das Erkenntniß des Ob. Trib. vom 8. April 1859 (Entscheid. B. 41 S. 50 — 59).

[1]) Sehr richtig sagt Heffter, Civilprozeß für die Preuß. Staaten S. 19, 20 über den gegenwärtigen Stand dieser Controverse:

Es scheint in dem staatsrechtlichen Ursprungsverhältniß beider Gerichts-

Digitized by Google

Es seien hier folgende Abhandlungen angeführt:

Kleinschrod: Ueber das Verhältniß des Civil- und Criminalprocesses bei dem Zusammentreffen eines Civil- und Criminalpunktes in derselben Rechtssache (im N. Archiv des Crim. Rechts II (1818) S. 275 f.).

Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht (Göttingen 1844) § 63 S. 516—528.

Zimmermann: Ist der Civilrichter an den Ausspruch des Criminalrichters gebunden und umgekehrt? (in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. XI. S. 55 f. XII. S. 217 f.)

Abegg: Von der Geltendmachung der durch eine strafbare Handlung begründeten privatrechtlichen Ansprüche des Verletzten (in Goltdammer's Archiv für Preuß. Strafrecht III (1855) S. 577—604).

Schäfer: Ueber den Einfluß des Criminal-Urtheils auf den Civilpunkt (im Archiv für die civil. Praxis B. 37 (1854) S. 1—35).

v. Krämel: Ueber die Uebelstände, welche aus der verschiedenen Beweislehre für Civil- und Strafsachen entstehen. (Ebendas. B. 38 (1855) S. 1—13).

Gustav Simon: Von der Wirkung des Criminal-Erkenntnisses auf die Entscheidung des Civilpunktes. (Ebendas. B. 39 (1856) S. 247—273).

Förster: Einiges zur Lehre von der Rechtskraft (in diesen „Beiträgen" II (1858) S. 354 f.).

W. Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Leipzig 1858) Abhandl. V. „Ueber den Einfluß der Rechtskraft auf die Beweisfrage." (S. 167 f.)

Ernst Rubo: Ueber den wechselseitigen Einfluß der criminal-

---

barkeiten zu liegen, daß der Beweis einer Mißthat im Strafverfahren zugleich den Beweis derselben auch für den Civilanspruch in sich trage, sowie umgekehrt rechtskräftige Bestimmungen des Civilrichters über bürgerliche Verhältnisse auch für den Thatbestand im strafrechtlichen Verfahren maßgebend sein können. Noch zur Zeit ist jedoch ein vollkommen erschöpfendes Princip weder durch durch das Gesetz, noch durch die Wissenschaft und Praxis formulirt worden; es wird daher wohl dem Strafrichter wie dem Civilrichter noch immer unbenommen bleiben, zur Seite des anderen einer abweichenden Prüfung und Entscheidung Raum zu geben.

Digitized by Google

und civilrechtlichen Entscheidung auf einander (in der Preuß. Gerichts-Zeit. 1859 Nr. 22 S. 1 f.).

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XV. (1861) S. 692 f. (vergl. ebendas. VIII S. 615—620).

So wenig nun die Theorie die fragliche Controverse zum Abschluß zu bringen vermocht hat, ebensowenig ist dies bisher der Praxis gelungen, trotz aller Plenarbeschlüsse der höchsten Gerichtshöfe.

Die Frage, die uns hier allein interessirt und welche Förster a. a. O. dahin formulirt:

> Bietet die rechtskräftige thatsächliche Feststellung des Criminalrichters den Klagegrund für den Civilanspruch auf Entschädigung?

wird von vielen deutschen Gerichtshöfen bejaht. Als Belege sind anzuführen:

> Strippelmann, der Beweis durch Schrift-Urkunden II. Abth. (Cassel 1861) S. 249 f.: [1]) Die Praxis in Hessen hat dahin sich entschieden: daß bei dem Verhältnisse, worin die Strafrechtspflege zu der Civilrechtspflege stehe, von den Civilgerichten nicht über einen Gegenstand, worüber das Strafgericht bereits erkannt hat, im Widerspruche damit entschieden werden könne, daß also dem Ausspruche des letzteren die Bedeutung einer das betreffende thatsächliche Verhältniß selbst feststellenden, auch für die spätere Beurtheilung des Civilrichters, mit Ausschluß abermaliger Erörterungen desselben, bindenden richterlichen Entscheidung, sonach ihm nicht nur die eines bloßen Beweismittels beizulegen sey. Es bezogen sich indeß die dabei zur Entscheidung gekommenen Rechtssachen nur auf den Fall, wo dieselbe Handlung sowohl den Thatbestand eines öffentlich strafbaren Verbrechens enthielt, als auch für den dadurch Verletzten Privatansprüche auf Entschädigung begründete und es sich nun für den Civilrichter lediglich um die Beurtheilung der privatrechtlichen Folgen jenes Verbrechens handelte; indem hier die Feststellungen des Strafrichters über die That die factische Grundlage auch für den Civilrichter constatiren sollen. Daneben ist indeß auf den Unterschied zwischen diesem Fall und dem weiteren, wo solche factische Feststellungen des Strafrichters präjudicielle Civilrechts-Verhältnisse betreffen, hingewiesen, für solchen die gleiche Annahme bedenklich gefunden und der Satz vertheidigt worden: einmal, daß die bindende Kraft des strafrichterlichen Urtheils jedenfalls auf die Feststellung des rein Thatsächlichen, daß z. B. die Frau bei Eingehung der Ehe von einem Dritten schwanger, der Mann zeugungsunfähig gewesen, einzuschränken, die juristische Beurtheilung dieses Sachverhältnisses aber für eine spätere Cognition des Civilrichters offen zu halten, — und weiter, daß jene Wirkung des Urtheils des Strafgerichts für die nachfolgende Beurtheilung des Civilrich-

[1]) Vergl. auch Schletter, Jahrbücher IV S. 212.

Digitized by Google

ters nur insoweit anzuerkennen stehe, als der Gegenstand des Civilprozesses mit der Criminalsache einen innern Zusammenhang habe, es sich um eine sachlich connexe civilrechtliche Consequenz des Ausspruchs in der Strafsache handle.

Heuser, Annalen VI S. 625: Nach dem Gerichtsgebrauche ist einem Strafurtheile, durch welches Jemand eines gegen die Privatrechte Anderer begangenen Verbrechens schuldig erkannt wird, auch im Gebiet des Privatrechts im Verhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Privatbeschädigten die Kraft beizulegen, daß die aus dem Verbrechen für Letzteren entspringenden Ansprüche auf Entschädigung auf das Strafurtheil allein gestützt werden können, ohne daß es einer nochmaligen Verhandlung und Beweisführung bedarf. — In diesem Umfange und mit Vorbehalt solcher Einwendungen für den Beschädigten, deren Erörterung im Strafverfahren etwa nicht statthaft oder erheblich gewesen wäre, ist die Rechtskraft der Strafurtheile für den Civilpunkt auch bezüglich des Betrags vom O. A. G. zu Cassel angenommen worden.

Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 30. Oktober 1854: Dem vorgelegten criminalrichterlichen Urtheil, durch welches der Appellant der durch seine Fahrlässigkeit herbeigeführten Tödtung des appellatischen Hausvaters schuldig erkannt worden, ist (vom Obergericht) mit Recht nicht die Bedeutung eines bloßen Beweismittels, sondern vielmehr einer, das gedachte thatsächliche Verhältniß selbst feststellenden, auch für die spätere Beurtheilung des Civilrichters mit Ausschluß abermaliger Erörterungen von letzterem bindenden richterlichen Entscheidung beigelegt worden. Dieser Annahme kann insbesondere der durch die Bestimmungen des kurhessischen Strafprozeßgesetzes vom 31. Oktbr. 1848 veränderte Charakter des dermaligen strafgerichtlichen Verfahrens um so weniger entgegenstehen, als durch die in § 125 daselbst lediglich für das freisprechende Urtheil ertheilte abweichende Vorschrift der Fortbestand jener Regel für die thatsächlichen Feststellungen eines verurtheilenden Erkenntnisses vielmehr Bestätigung erhalten hat.

Seuffert, Archiv IX Nr. 83.

Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 16. Oktober 1855: Die Beklagte wurde nach dem (mit den Criminal-Akten) im Original vorliegenden Strafurtheile wegen des fraglichen Vorfalls als des Vergehens der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig verurtheilt, und hat, wie sie selbst anführt, ihre Strafe bereits erstanden. Jenes Urtheil hat aber im Hinblick auf Art. 9 Th. II des Str. G. B. [1]) für die civilrechtliche Nach-

1) Der Art. 8 a. a. O. bestimmt: „Ein civilrechtliches Erkenntniß, durch welches eine Vorfrage entschieden ist, von welcher die Entscheidung eines strafrechtlichen Punktes abhängt, hat in dem strafrechtlichen Verfahren die Kraft eines vollkommenen Beweises zum Vortheile wie zum Nachtheile des Angeschuldeten, vorausgesetzt, daß jenes Erkenntniß auf solche Beweise gegründet ist, welche auch im Untersuchungsprozesse zulässig sind."

Der folgende Art. 9 verordnet: „Gleiches gilt im entgegengesetzten Verhältnisse, wenn durch ein strafrichterliches Erkenntniß eine Frage

Digitized by Google

klage die Kraft eines vollen Beweises, und schließt im Uebrigen die Unterstellung jedes Zufalles, der bei der beschuldigten Handlung im Spiele gewesen, auf das bestimmteste aus.[1])

Ebendas. X. Nr. 92.

Plenarbeschluß desselben Gerichtshofes vom 19. Mai 1857: „Einem nach dem Strafproceßgesetz von 1848 erlassenen strafgerichtlichen Erkenntnisse, wodurch eine Frage entschieden ist, welche der Entscheidung einer Civilsache präjudicirt, kommt vermöge seiner Rechtskraft für diese letztere die Wirkung eines vollkommenen Beweises zu; dem freisprechenden jedoch nur insoweit, als dasselbe einen Thatumstand in bejahender oder verneinender Weise bekundet hat."

Regierungsblatt für das K. Bayern, 1857 Nr. 31 S. 701 f.

Zu derselben Ansicht hat sich auch früher unser höchster Gerichtshof bekannt.

Erkenntniß vom 11. November 1853: Die Feststellung des Thatbestandes eines Vergehens gehört nach Vorschrift der Gesetze zum Ressort des Kriminalrichters, und wenn dort im gesetzmäßigem Wege das wirkliche Vorhandensein eines bestimmten Vergehens festgestellt worden, ist der Damnifikat auch befugt, auf den Grund dieser Feststellung die ihm gegen den Beschädiger zustehende Entschädigung durch eine Klage zu verfolgen, ohne daß von ihm gefordert werden kann, den Beweis der beschädigenden Handlung noch auf andere Art zu führen, wie dieser Grundsatz auch bereits in dem Präjudize No. 1784 (Bd. 13. S. 134. der Entscheidungen) so wie in dem Erkenntnisse vom 29. Juni 1853 in Sachen Basse gegen Vieweg ausgesprochen ist.

Nun bestimmt zwar § 6. des Straf-Gesetzbuches vom 14. April 1851: das Recht des Beschädigten auf Schadenersatz ist von der Bestrafung unabhängig,

---

rechtskräftig entschieden worden, welche der Entscheidung einer Civilsache präjudicirt, ausgenommen, wenn der Angeschuldigte bloß von der Instanz entlassen worden ist."

Durch das Strafproceßgesetz vom 10. November 1848 (Art. 368) wurde zwar der Art. 8, nicht aber auch der Art. 9 aufgehoben.

Seuffert, Archiv VI S. 387.

1) Früher hatte dieser Gerichtshof die entgegengesetzte Ansicht befolgt. So war in einem Erk. vom 10. September 1852 ausgesprochen: Die Beweiskraft strafgerichtlicher Erkenntnisse im Civilprozesse hänge auch jetzt noch von der Voraussetzung ab, daß jenes Erkenntniß auf solche Beweise gegründet sei, welche auch im Civilproceße zulässig sind; der Civilrichter sei demzufolge nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, zu erwägen, ob durch die im Untersuchungsproceße erhobenen Beweismittel und Beweisgründe diejenige rechtliche Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache hervorgebracht werde, welche der Civilrichter durch den Nachweis des Daseins der unverändert gebliebenen Erfordernisse der Gerichtsordnung über die civilrechtliche Beweisführung zu rechtfertigen hat.

Blätter für Rechtsanwendung, vorzüglich im K. Bayern Bd. 18 S. 183 f.

Digitized by Google

und es ist daraus die Folgerung gezogen worden, daß das Straferkenntniß nicht präjudizirlich für die Civil-Entschädigungsklage sei, der Civil-Richter vielmehr selbstständig zu prüfen habe, ob die strafbare Handlung nach der für das Civil-Verfahren geltenden Beweistheorie für festgestellt anzunehmen. Allein dies erscheint ganz ungerechtfertigt. Die allegirte Bestimmung setzt weiter Nichts fest, als, daß das Recht des Beschädigten auf Schadenersatz nicht eine wirklich erfolgte Bestrafung des Verbrechers voraussetze, vielmehr auch verfolgt werden könne, wenn entweder die Staatsanwaltschaft eine Anklage zu erheben sich nicht veranlaßt finden, oder durch Abolition *) oder Verjährung die Untersuchung keinen Erfolg haben, oder sonst ein Grund eintreten sollte, der eine Bestrafung des Verbrechens ausschließe, namentlich also auch, wenn eine Entbindung von der Anklage um deshalb geschehen ist, weil der Beweis derselben nicht für zureichend erachtet worden. In allen diesen Fällen wird der angeblich Beschädigte seine Ansprüche gegen den angeblichen Beschädiger allerdings geltend machen können, vorausgesetzt, daß er im Stande ist, die beschädigende Handlung soweit darzuthun, als zur Hervorbringung der juristischen Wahrheit im Civilprozesse nöthig ist; keineswegs setzt aber die oben allegirte Bestimmung fest oder kann aus ihr gefolgert werden, daß, wenn der kompetente Kriminal-Richter entweder den Thatbestand eines Vergehens oder die Unschuld des Angeklagten für vollständig festgestellt angenommen, und demgemäß darauf seinen richterlichen Ausspruch gegründet hat, nun der Civilrichter dennoch darauf keine Rücksicht zu nehmen habe.

Es würde auch widersprechend sein, wenn das Gesetz einem Beweise auf der einen Seite die Wirkung beilegen wollte, daß auf den Grund desselben ein Angeklagter der wichtigsten Rechte — seiner Freiheit oder Ehre — für verlustig erklärt werden könne, und doch auf der andern einem solchen hier für vollständig angenommenen Beweise nicht einmal ein solches Gewicht zubilligte, um darauf eine Entschädigungsklage zu gründen. Die Verschiedenheit der Beweistheorie im Kriminal- und Civilverfahren erscheint dabei gleichgültig. Es genügt, daß die Wirklichkeit des Vergehens auf die vom Gesetze erforderte Art festgestellt ist, und die daraus hervorgegangene juristische Gewißheit von dem Vorhandensein der That muß allgemeine Anerkennung so lange finden, als nicht ein vollständig genügender Grund für das Gegentheil erhellt, den darzuthun daher in Fällen, wie der vorliegende, dem Verklagten obliegt.

Ob dazu ein nach den Regeln des Civilprozesses zu führender Gegenbeweis geeignet erscheint, und in wiefern? kann hier dahin gestellt bleiben, da Verklagter einen solchen gar nicht angetreten hat.

Striethorst, Archiv B. 10 S. 290 f.

Dagegen wird die oben aufgestellte Frage in folgenden Urtheilssprüchen verneint:

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 6. Juli 1830: Der Grundsatz, daß der Richter eine Thatsache, die bereits rechtlich erwiesen ist, als

*) Vergl. aber Artikel 49 der Verfassungs-Urkunde.

Digitized by Google

wahr annehmen müsse, und solche nicht noch einmal zum Beweise aufstellen dürfe, leidet dann keine Anwendung, wenn von dieser Thatsache Rechte verschiedener Subjecte abhängig sind, indem dann der Satz entscheidet, daß Proceßhandlungen, die in Beziehung auf das eine Subject vorgenommen werden, dem andern weder schaden noch nützen.

tot. tit. C. inter alios acta (7, 60).

Ist also das mit einer öffentlichen Strafe bedrohte Factum zugleich Grund von Civilansprüchen, so kann wegen Verschiedenheit des Subjectes, dem das Recht auf die öffentliche Strafe zustehet, von demjenigen, welchem der Civilanspruch zukommt, auf den Thatbestand in der Criminalsache die Entscheidung in der Civilsache nicht gegründet werden. [1])

C. un. quando civil. actio crimin. praejudic. (9, 31).

Seuffert, Archiv VI Nr. 263.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 30. März 1855: Das Criminalgericht erster Instanz hatte den P. für geständig und überführt erkannt, durch einen Schuß den als Holzfrevler betroffenen E. fahrlässiger Weise getödtet zu haben, und ihn demgemäß zu einer mehrmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt; dagegen den Mitangeklagten K. in Mangel allen Verdachts für straffrei erklärt. P. hatte sich bei diesem Erkenntnisse beruhigt.

Nun erhoben die Wittwe des E. und der ihren Kindern bestellte Altersvormund gegen den benannten P. Klage auf Alimente für diese Kinder, indem sie geltend machten, daß P. durch den von ihm abgefeuerten Schuß den E. auf eine höchst fahrlässige Weise getödtet und dadurch dessen erwähnte Kinder ihres Ernährers beraubt habe.

Die Sache gedieh zum Beweisverfahren, nach dessen Beendigung vom Gericht erster Instanz die Verurtheilung des Beklagten zur Entrichtung der verlangten Alimente für die noch lebenden Kinder des E. von der Ableistung eines den Klägern auferlegten, im Bescheid näher normirten Erfüllungseides abhängig gemacht wurde. Auf die gegen diese Entscheidung von beiden Theilen eingewendete Appellation erfolgte in zweiter Instanz ein abänderndes Erkenntniß dahin, daß Beklagter von der gegen ihn erhobenen Klage zu entbinden sey. Hiergegen ergriffen die Kläger die Oberappellation, worauf das O. A. G. zu Jena, unterm 30. März 1855, das Erkenntniß zweiter Instanz reformirend, dem Beklagten einen näher normirten Reinigungseid auferlegte, und von dessen Ableistung die Entbindung des Beklagten von der Klage abhängig machte. In den Entscheidungsgründen unterwarf der oberste Gerichtshof, indem er sich zu der Meinung bekannte, daß dem Criminalerkenntniß für sich allein kein Einfluß auf das Urtheil des Civilrichters einzuräumen sey,

1) Diese in ihren Motiven ganz allgemein gehaltene Entscheidung bezog sich allerdings nur auf den Fall, wo ein von einer ledigen Frauensperson als Schwängerer auf Entschädigung belangter Ehemann im vorgängigen Untersuchungsverfahren von der Anschuldigung des Ehebruchs freigesprochen worden war.

Digitized by Google

das Urtheil des Criminalrichters einer eingehenden Kritik, und suchte zu zeigen, daß nach Maßgabe der Proceß- und Untersuchungsacten, auf welche sich Kläger als Beweismittel im gegenwärtigen Rechtsstreite bezogen hatten, keineswegs P. für geständig und überführt betrachtet werden könne, durch Abfeuern eines Gewehres den E. getödtet zu haben. Das Beruhigen desselben bei dem Straferkenntniß dürfe aber in keiner Weise als ein weiteres stillschweigendes Eingeständniß des ursachlichen Zusammenhangs der vorgefundenen Wunden mit dem von dem Angeklagten P. abgefeuerten Schuß angesehen werden, wenn man dabei erwäge, daß der Angeklagte in jener Untersuchung gar keine Verpflichtung gehabt habe, seine Vertheidigung noch weiter, etwa durch Anschuldigungen gegen den Mitangeklagten K. zu versuchen... Wenn nun mit Rücksicht auf die vorliegenden Beweise weder die unbedingte Annahme eines ursachlichen Zusammenhangs der für tödtlich erkannten beiden Wunden mit dem von dem Beklagten abgefeuerten Schuß, noch auch die im vorigen Erkenntniß erfolgte Freisprechung des Beklagten gerechtfertigt erscheine, so sey vielmehr das Resultat der Beweisführung dahin zusammenzufassen, daß wenigstens *einige Wahrscheinlichkeit* dafür vorliege, daß der Schuß des Beklagten die für tödtlich erkannten beiden Wunden zur Folge gehabt *haben könne*, mithin zur Beseitigung jedes deßfallsigen Zweifels die Nothwendigkeit der Auferlegung eines richterlichen Eides eintrete, bei dessen Wahl die Frage entstehe, ob die rechtlichen Voraussetzungen eines Reinigungs- oder Erfüllungseides hier gegeben wären ꝛc.

Ebendas. X Nr. 217.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 28. September 1847: Zweck des Criminal-Verfahrens ist, zu ermitteln, ob ein Verbrechen begangen worden, wer der Urheber desselben, und wie er zu bestrafen, keineswegs aber (wenigstens nicht in der Regel) hat es die privatrechtlichen Folgen eines Vergehens festzustellen. Im Civilprocesse handelt es sich um Vermögensverhältnisse, so wie um die Voraussetzungen zu denselben, um persönliche Zustandsrechte. Eine Verurtheilung im Civilproceß kann nur stattfinden, wenn die Parteien in der für denselben vorgeschriebenen Form mit ihrer Rechtsvertheidigung gehört worden sind. Daraus folgt, daß ein Erkenntniß in dem Untersuchungsprocesse nicht dergestalt maßgebend für den Civilproceß seyn kann, daß, was in ersterem als juristische Wahrheit angesehen wurde, auch in letzterem dafür gelten muß.... In der Civilsache liegt dem Richter nach beendigter Untersuchung die Civilstreitfrage zur ganz selbstständigen Beurtheilung vor, so daß er etwas bloß darum, weil es in dem Criminalprocesse für constatirt gehalten worden, nicht *ebenfalls für constatirt* annehmen muß.

Wohl aber läßt sich nicht bestreiten, daß die *Beweismittel* und Beweisgründe in der Criminalsache auf die Entscheidung in der Civilsache, wenn sie in dieser *benützt* worden, von Einfluß seyn können.

Die Folgen eines in einer Criminalsache abgelegten *Geständnisses* sind so ernst und so wichtig, daß man schlechterdings voraussetzen muß, dasselbe sey mit reiflicher Ueberlegung und mit Vorbedacht geschehen.

Digitized by Google

Eben deshalb hat es auch für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verbindliche Kraft.

Die in den Untersuchungsacten enthaltenen, von den Beklagten anerkannten oder der Recognition nicht bedürfenden Urkunden beweisen auch in der Civilsache, wofern nur durch deren gehörige Production in derselben Gelegenheit gegeben worden ist, die etwa dagegen zustehenden Einwendungen vorzubringen und geltend zu machen. Denn das Anerkenntniß einer Privaturkunde ist einem Geständnisse gleich zu achten. Urkunden aber, öffentliche wie Privaturkunden, können im Civilprocesse nur unter der Voraussetzung berücksichtigt werden, wenn sie dem Gegentheil in gesetzlicher Weise vorgelegt worden sind.

Die Zeugen haben im Civilprocesse ebenfalls nur in soweit Beweiskraft, als sie in diesem gehörig producirt und eidlich abgehört worden sind, wogegen sie, wenn sie außerhalb desselben, oder, zwar für ihn, doch nur einseitig ohne Gestattung von Fragstücken abgehört wurden, wegen dieser Formlosigkeit nicht als gültige Zeugen betrachtet werden sollen.

Eigene Wahrnehmung des Gerichtes mit den äußeren Sinnen wird im Civilprocesse nur so weit beachtet, als sie in Gemäßheit der für denselben geltenden Verhandlungsmaxime stattgefunden hat. Da zufolge dieser der Richter Thatsachen nicht suppliren darf, so kann seine Wahrnehmung nur insofern als Beweismittel dienen, als bei Beweis oder Gegenbeweis darauf angetragen worden ist, hiedurch aber die Gegenpartei in den Stand kam, ihre Gerechtsame dabei in Obacht zu nehmen. Wenn daher das Gericht über die zwischen Parteien streitigen Thatsachen außerhalb des Civilprocesses, mithin nicht in der für denselben vorgeschriebenen Form eine Wahrnehmung machte, so kann diese nicht die Kraft einer civilprocessualischen richterlichen Wahrnehmung haben.

Die Gültigkeit des Beweises durch Sachverständige ist im Civilprocesse abhängig von Beobachtung der durch die Verhandlungsmaxime bedingten Form. Die Partei kann Ermittelungen und Begutachtungen nicht einseitig vornehmen lassen, sondern muß sie bei dem Beweise oder Gegenbeweise beantragen, und wenn sie, bei dem einen oder andern, Atteste Sachverständiger benutzen will, diese gebührend in- und producirt. Wahrnehmungen und Begutachtungen Sachverständiger im Criminalprocesse können hiernach für den Civilproceß keine Beweiskraft haben; denn es geht ihnen dasjenige Moment ab, durch welches ihre Gültigkeit in demselben bedingt wird, — die Erlangung in der civilprocessualischen Form.

Gleichwohl sind die für eine gewisse Thatsache im Criminalprocesse erlangten Beweisgründe nicht ohne allen Einfluß auf die Entscheidung über deren Existenz oder Nichtexistenz in der Civilsache.... Der Richter hat bei Fassung der Entscheidung in einer Civilsache, zumal wenn die Zuerkennung eines Legaleides in Frage kömmt, alle Umstände, Anzeigungen und Vermuthungen, welche für die eine oder andere Partei sprechen, zu berücksichtigen. Wenn nun aber der Criminalproceß nicht formelle, sondern materielle Wahrheit erstrebt, so läßt sich nicht bezweifeln,

Digitized by Google

daß der Civilrichter unter den auf sein Urtheil einwirken dürfenden Momenten auch die in einem Criminalprocesse gewonnenen Beweisgründe zu beachten hat. Nur sind sie für ihn nicht präjudiciell, vielmehr hat er selbstständig zu prüfen, welches Gewicht ihnen unter den gegebenen Umständen zuzugestehen sey. Hiernach läßt sich nicht sagen, daß der von einer Partei unternommene Beweis darum, weil er sich bloß auf Untersuchungsacten gründet, für verfehlt anzusehen sey, und es schon aus diesem Grunde einer weiteren Prüfung desselben nicht bedürfe. Vielmehr ist auf eine solche einzugehen, und in Folge derselben zu untersuchen, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit oder ob vielleicht gar Gewißheit durch die Criminalacten für die verneinten Thatsachen erlangt worden ist.

Ebendas. II Nr. 103.

Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 4. März 1854: A. war durch den Wahrspruch eines Schwurgerichtes der Brandstiftung für schuldig erkannt, und demgemäß von dem Assisenhofe in eine bedeutende Criminalstrafe verurtheilt worden. Die Brandassecurations-Casse verlangte, gestützt hierauf, die Rückzahlung der bereits an A. und andere Brandbeschädigte ausgezahlten Brandentschädigungsgelder mit 15,485 fl.

In der dritten Instanz wurde, nachdem die zweite Instanz die unbedingte Maßgebung des Criminalurtheiles für den Civilpunkt ausgesprochen hatte, angenommen, daß dem Strafverkenntnisse keine präjudicielle Eigenschaft beizulegen sey, wenn es auch vielleicht in Verbindung mit andern Beweismitteln adminiculirende Wirkung zu äußern vermöchte. — Der Civilrichter sey nämlich verpflichtet, innerhalb der Sphäre seines Wirkungskreises in allen zu seiner Competenz geeigneten Rechtssachen nur nach den für Civil-Rechtsstreitigkeiten vorgeschriebenen Grundformen zu verfahren, die Entscheidungen nur auf die nach den Civilgesetzen bestehenden Normen zu bauen und namentlich bei Beantwortung der Beweisfrage nur nach den für Civil-Rechtssachen festgesetzten Beweis-Regeln zu urtheilen. Von einer Rechtskraft des Criminalurtheiles bei Verschiedenheit der Rechtssubjecte könne nicht die Rede seyn, auch erstrecke sich die Competenz des Criminalrichters nicht auf den von dem Gegenstande der Bestrafung ganz verschiedenen, hieraus abzuleitenden Civilanspruch. Es könne nicht unterstellt werden, daß das Strafgerichts-Erkenntniß in allen und jeden, von der Verurtheilung in eine Strafe verschiedenen Beziehungen hinsichtlich der Schuld des Angeklagten eine nur dem Strafrichter zustehende, unabänderliche Bestimmung enthalte. Wenn auch dem Civilanspruche die bereits abgeurtheilte widerrechtliche Handlung zur Grundlage diene, und die Straf- und Civil-Gerichtsbarkeit ihre Entstehung von der nämlichen Staatsgewalt ableite, so könne diesen Verhältnissen, so beachtenswerth sie auch für die Gesetzgebung seyn möchten, doch von dem urtheilenden Civilrichter in so lange keine rechtliche Bedeutung beigelegt werden, als die selbstständige Aburtheilung des Straf- und Civil-Entschädigungs-Punktes verschiedenen Gerichten überragen sey; daß dem Civilrichter gerade bezüglich eines Hauptpunktes des eingeleiteten Rechtsstreites nur die unbedingte Vollstreckung des von dem Strafrichter

Digitized by Google

gefällten Erkenntnisses übertragen sey, lasse sich ohne bestimmte gesetzliche Vorschrift nicht annehmen. Die meisten Rechtslehrer seyen auch der hier vertheidigten Ansicht. [1])

Ebendas. VIII Nr. 97.

Derselbe Gerichtshof hat in ähnlicher Weise in einem Erkenntnisse vom 25. Januar 1855 ausgesprochen: Es würde allerdings sehr zweckmäßig sein, wenn man wenigstens den Erkenntnissen der Assisenhöfe und Provincial-Strafgerichte (bei welchen letzteren nach öffentlicher Verhandlung gelehrte Richter ohne Zuziehung von Geschworenen auch über die Thatfrage entscheiden) eine auch für den Civilrichter bindende Kraft auf dem Wege der Gesetzgebung zuschreiben sollte, wie dies theilweise bei den Brandschäden bereits geschehen sey. Es sey aber nicht des Richters, sondern des Gesetzgebers Sache, dem durch die entgegenstehende Ansicht leicht herbeizuführenden Uebelstande bei Anwendung der bestehenden Gesetze durch eine neue Gesetzgebung abzuhelfen.

Wenn sich namentlich

Zimmermann in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XI. S. 55 fg.

zur Vertheidigung seiner Ansicht, daß der Civilrichter an die Entscheidung des Criminalrichters gebunden sey, auf Art. 198 der C. C. C. berufe, so lasse sich daraus nur entnehmen, daß der Criminalrichter, auch ohne sonstige Befugniß, in Civilsachen Recht zu sprechen, befugt sey, über jeden Entschädigungsanspruch des durch das Verbrechen Beschädigten auf dessen Antrag zu erkennen. Der Gesetzgeber habe hiebei wohl gewiß unterstellt, daß über den Criminal- und über den Civilpunkt keine verschiedenen Erkenntnisse erfolgen könnten, mithin der zur Verurtheilung eines Angeschuldigten in eine Strafe erforderliche Beweis auch zur Verurtheilung desselben zum Schadensersatze genüge, daß demnach auch der Civilrichter, wenn die Verurtheilung eines Angeschuldigten zum Schadensersatze in dem Criminalurtheile übergangen seyn sollte, den Beweis, daß der Angeschuldigte das ihm zur Last gelegte Verbrechen begangen habe, durch das Strafurtheil für dargethan annehmen müsse. Man müsse indessen hierbei bedenken, daß zur Zeit der C. C. C. gleiche Beweisregeln für das Civilrecht, wie für das Criminalrecht gegolten hätten, und eine Ueberführung des Angeschuldigten nur durch eigenes Bekennen oder die Aussagen zweier oder dreier vollkommen glaubwürdiger Zeugen habe erfolgen können. Möge daher auch wohl diese Gleichheit des Ueberführungsbeweises in Criminal- und Civilsachen den Gesetzgeber wenigstens mit

---

1) Bezugnahme auf Bauer, Lehrbuch des Strafprocesses §. 70; Abegg, Lehrbuch des Criminalprocesses §. 6. S. 9, 10; Martin, Lehrbuch des Cr.-Proc. §. 27; Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung Aufl. 3. S. 25 fg.; Biener, Systema processus jud. §. 3; Müller, Lehrbuch des Cr.-Proc. §. 88; Mittermaier, Deutsches Strafverfahren Bd. I. §. 10.; N. Arch. d. Crim.-Rts. Th. 11. S. 62 — 64; N. F. von 1852 Nr. 16 S. 343 fg.; Escher, Lehre vom strafbaren Betruge S. 516 fg. Heffter, System des Civ.-Proc. §. 129; Linde, Lehrbuch des Civil-Proc. §. 364.

Digitized by Google

veranlaßt haben, in einer solchen Allgemeinheit sich auszudrücken, so sey doch nicht die Vorschrift darin enthalten, daß derselbe Beweis, der den Richter eine Strafe zu erkennen ermächtige, auch dem Civilrichter zur Annahme einer Entschädigungs-Verbindlichkeit genügen müsse, und in Ermangelung dieser ausdrücklichen Vorschrift müsse daher der genannte, aus der früheren Gleichheit des Beweises abgeleitete Rechtssatz: daß nämlich die in einem Strafurtheile ausgesprochene Ueberführung eines Angeschuldigten auch ohne weiteres diesen verpflichte, dem durch sein Verbrechen oder Vergehen Beschädigten den hierdurch erlittenen Schaden zu ersetzen, mit Aufhebung dieser Gleichheit des Beweises von selbst schwinden. Dieß sey indessen schon seit der Zeit geschehen, als man zur Ueberführung eines Angeschuldigten Anzeigenbeweis allein, oder in Verbindung mit unvollständigem natürlichem Beweise, zugelassen habe. Noch mehr sey dieß aber der Fall, wenn Geschworene oder Richter der Provincialstrafgerichtshöfe, die an keine Beweistheorie gebunden seyen, das „Schuldig" ausgesprochen hätten.

Ebendas. IX Nr. 82.

Erkenntniß des O. A. G. zu Wolfenbüttel von 1855: Die Verhandlungen eines Criminalprozesses sind in einem Civilprozesse zwar nicht als vollgültige Beweismittel zu gebrauchen; sie dienen aber als Beweisgründe zur Herstellung eines künstlichen Beweises.

Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1855 S. 57.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Stuttgart vom 10./11. Februar 1858: Durch Urtheil des Schwurgerichtshofes in B. war die Ehefrau G. wegen Beihülfe zu einem von J. M. verübten Betruge verurtheilt worden. Der Betheiligte K. erhob hierauf Klage wider die G. auf Ersatz der ihm abgetrogenen Summe. Der Richter erster Instanz wieß diese Entschädigungsklage wegen mangelnden Beweises ab; der Richter zweiter Instanz sprach ein verurtheilendes Erkenntniß aus, indem er sich bei seiner Entscheidung an das Urtheil des Strafrichters bezüglich des Beweises der verbrecherischen Mitwirkung der Beklagten für gebunden erachtete und daher in eine selbstständige Prüfung der Beweisfrage nicht einging.

Der oberste Gerichtshof erkannte zwar bestätigend, weil er den Beweis der Beihülfe der Beklagten als hergestellt annahm, ohne jedoch der Ansicht des Strafgerichtes irgend einen bestimmenden Einfluß einzuräumen. Allerdings bilde (sagen die Entscheidungsgründe) in denjenigen Fällen, in welchen das bürgerliche Recht,

vergl. das württ. Gesetz über die privatrecht. Folgen der Verbrechen vom 5. September 1836, Art. 2, 4 Satz 2 und 3, Art. 5, 6, 19, 27, 33, Satz 1.

an die Thatsache der rechtskräftigen strafrichterlichen Verurtheilung des Angeklagten zu einer gewissen Strafart oder wegen eines gewissen Verbrechens den Eintritt bestimmter privatrechtlicher Nachtheile knüpfe, das Strafurtheil die thatsächliche und rechtliche Voraussetzung oder Bedingung für den Civil-Anspruch, und sey dasselbe der Entscheidung des Civilrichters unbedingt zum Grunde zu legen. Wenn hin-

Digitized by Google

gegen lediglich aus der Verübung einer strafbaren Handlung ein civilrechtlicher Schadensersatzanspruch abgeleitet werde, so enthalte der Ausspruch des Strafrichters, daß der Angeklagte der That schuldig sey, weder bezüglich der Existenz des Verbrechens, noch der Verschuldung des Thäters, eine für den Civilrichter unbedingt bindende (rechtskräftige) Entscheidung, noch auch nur einen lediglich durch Gegenbeweis des Beklagten zu entkräftenden selbstständigen Beweisgrund. Denn theils könne von einer Rechtskraft des Strafurtheils für die Civilparteien bei der Verschiedenheit der Rechtssubjecte keine Rede seyn; theils lasse sich nicht denken, unter welche Gattung der civilrichterlichen Erkenntnißquellen ein Strafurtheil zu stellen wäre; die Gründe aber, welche von den Vertheidigern jener beiden Meinungen aus der Natur der Sache, dem Zwecke der Strafrechtspflege und dem Verhältniß der Strafsache zu dem Civilpunkt, so wie aus der Mißlichkeit eines Widerspruchs zwischen dem Straf- und zwischen dem Civilurtheil abgeleitet werden, könnten nur dann in Betracht kommen, wenn es sich von der Erlassung gesetzlicher Bestimmungen über diesen Gegenstand handeln würde.

Nach dem jetzt bestehenden Rechte erscheine vielmehr nur die bisher von dem Obertribunal festgehaltene Ansicht, daß der Ausspruch des Strafrichters den Civilrichter in keiner Beziehung binde, sondern letzterer die Beweisfrage nach den für das Civilverfahren vorgezeichneten Regeln zu beurtheilen, hiebei aber die Ergebnisse der Strafuntersuchung zu benutzen habe, als die einzig richtige und der selbstständigen Stellung des Civilrichters angemessene. Dieselbe gründe sich auf die Verschiedenheit des Wesens und des Zwecks des Straf- und des Civilverfahrens, wonach das Strafurtheil nur auf die strafrechtlichen Folgen der That sich beziehe und für Dritte keine Privatrechte begründe; so wie darauf, daß der Klaggrund des Beschädigten ein civilrechtlicher, nämlich die widerrechtliche Handlung, welche den Schaden des Klägers verursacht habe, und dessen Schadensersatzanspruch ganz unabhängig davon sey, ob in jener widerrechtlichen Handlung nach dem Urtheil des Strafrichters auch eine strafbare That enthalten sey oder nicht. Ebendeßhalb sey der Standpunkt des Civilrichters in mehrfacher Beziehung ein verschiedener; für ihn stehen Thatbestand und Thäterschaft in einem untrennbaren Zusammenhang; er habe nach den für das Civilverfahren gegebenen Beweisregeln zu entscheiden, welche öfters zu einem andern Ergebnisse führen, als die Grundsätze, nach welchen der Strafrichter die vorliegenden Beweise zu würdigen habe; endlich könne ein Civilanspruch bei ihm erhoben werden, noch ehe es zu einem Strafverfahren gekommen sey, so wie wenn ein solches gar nicht stattgefunden habe oder nicht mehr stattfinden könne.

Seuffert, Archiv XII Nr. 202.

Auch das Ob. Trib. zu Berlin hat in neuerer Zeit sich dieser letzteren Ansicht angeschlossen:

Erkenntniß vom 27. Februar 1854: Nach Wegräumung der Beweistheorie in Strafsachen sind die auf freier Ueberzeugung des Strafrichters beruhenden Feststellungen für den, bestimmten Regeln unterworfenen

Digitized by Google

Beweis im Civilprozesse nicht maßgebend. Durch diesen Grundsatz wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Civilrichter die in den gerichtlichen Protokollen des Strafrichters niedergelegten Auslassungen des Beschuldigten und die Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen als taugliche Beweismittel würdige.

Striethorst, Archiv B. 16 S. 261 f.[1])

Erkenntniß vom 21. Mai 1855: Dem Civilrichter steht die Entscheidung über Sachen und Rechte zu, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen — § 1 d. Einl. zur Allg. Ger. Ord. — Zu diesen gehört ganz unzweifelhaft die Entschädigungsforderung aus einem verübten Verbrechen, und bei Geltendmachung derselben hat der Civilrichter deren Fundament zu untersuchen und festzustellen, ohne erst die Entscheidung des Criminalrichters, welche überdies ihn gar nicht bindet, abzuwarten. Deshalb verordnet auch der § 6 des Str. G. B.:

„Das Recht des Beschädigten auf Schadensersatz ist von der Bestrafung unabhängig."

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß die Criminalsache für die Civilsache nicht präjudicirlich ist, mag der Angeklagte für schuldig erkannt oder selbst freigesprochen werden.

Ebendas. Bd. 18 S. 9 f.

Erkenntniß vom 7. Mai 1856: Der Implorant bezeichnet als durch den Appellationsrichter verletzt den von ihm aufgestellten Rechtssatz:

daß durch die im Criminal-Processe geschehene Verurtheilung des Angeklagten auch für den Civil-Proceß in Betreff der aus dem Verbrechen gegen den Verurtheilten hergeleiteten civilrechtlichen Folgen, der objective und subjective Thatbestand dergestalt festgestellt werde, daß ein Gegenbeweis nach den Regeln des Civil-Processes unzulässig, insbesondere ein zu dessen Ergänzung dem Verurtheilten auferlegter Erfüllungseid unstatthaft sei.

Es soll dieser Grundsatz aus den Vorschriften §. 6. des Strafgesetzbuches, §. 392. der Criminal-Ordnung und §. 73. Tit. 35. der Proceß-Ordnung

---

1) Die Herausgeber halten diese von der oben angeführten Entscheidung des Ob. Trib. abweichende Ansicht für die allein richtige und konsequente. Sie bemerken: Als res judicata für den Civilprozeß kann die Entscheidung des Strafrichters nicht gelten, weil der Beschädigte im Strafverfahren nicht als Partei betheiligt war. Wegen des im Strafverfahren ergangenen Spruchs für den Civilprozeß dem Verklagten den Gegenbeweis aufzubürden, erscheint als ein ungeeignetes Auskunftsmittel, weil kein Gesetz dem Spruche des Strafrichters für den Civilprozeß die Wirkung einer gesetzlichen Vermuthung beilegt. Dazu kommt, daß nach unseren Gesetzen der Strafrichter auf weit freiere Weise seine Ueberzeugung feststellen darf, als der durch positive Beweisregeln beengte Civilrichter, und daß es gerade deshalb äußerst bedenklich erscheint, die Wirkungen des strafrichterlichen Spruches über seine nächsten Grenzen auszudehnen. Dagegen gleichen sich alle Schwierigkeiten aus, wenn man annimmt, daß nicht die vom Strafrichter gezogene Schlußfolgerung, sondern nur das Material in Betracht kommt, welches jener Schlußfolgerung zur Grundlage diente.

Digitized by Google

zu folgern, auch vom Ober-Tribunale in früheren Entscheidungen bereits anerkannt worden sein.

Der angeführte §. 6. des Strafgesetzbuches lautet jedoch nur dahin:

> Das Recht des Beschädigten auf Schadenersatz ist von der Bestrafung unabhängig,

und kann nach dieser Fassung nur das Gegentheil der vom Imploranten aufgestellten Meinung ausdrücken, da er die Unabhängigkeit des Civilanspruches von der im Strafverfahren ergehenden Entscheidung ausspricht und diese doch nicht bloß einseitig so verstanden werden darf, wie es dem Angeklagten am nachtheiligsten ist. Die Unabhängigkeit des Civilanspruches von der Bestrafung des Beschädigers wird sich daher zwar darin bewähren, daß jener erhoben werden kann, bevor es zu einem Strafverfahren gekommen ist, so wie dann, wenn ein solches gar nicht stattgefunden hat; aber sie muß andrerseits auch sich zeigen, wenn eine Verfolgung der beschädigenden Handlung im Wege des Strafprocesses vorhergegangen war, möge nun im Strafverfahren ein verurtheilendes oder ein freisprechendes Erkenntniß ergangen sein. Dieselbe wäre aber nicht vorhanden, wenn es nicht gestattet wäre, im Civilprocesse die Thäterschaft des, wegen Schadensersatzes in Anspruch genommenen, einer neuen Verhandlung zu unterwerfen, und, wie in dem einen Falle dieselbe besser, als im Strafverfahren gelungen war, festzustellen, so in einem anderen Falle die Unschuld des vom Criminal-Richter für überführt erachteten Verklagten, durch die im Civilprocesse zulässigen, weiter reichenden Beweismittel, wenigstens zur Abwendung der Entschädigungspflicht darzuthun.

Der als verletzt bezeichnete §. 392. der Criminal-Ordnung verbietet die Anwendung des Eides des Angeklagten ausdrücklich nur „in Criminalsachen," hat also für den Civilproceß keine Bedeutung, und dasselbe gilt von der Vorschrift des §. 73. Tit. 35. der Proceß-Ordnung, die für den jetzt gar nicht mehr stattfindenden fiskalischen Untersuchungsproceß ebenfalls den Reinigungseid des Angeklagten untersagt und statt desselben den Ausweg einer vorläufigen Freisprechung, oder einer außerordentlichen Strafe eröffnete.

Galten diese Grundsätze, durch welche wiederum die Unabhängigkeit der verschiedenen Rechtswege von einander anerkannt ist, zu einer Zeit, wo auch dem Strafrichter positive Beweisregeln vorgeschrieben waren, so müssen sie um so mehr heute zur Anwendung kommen, wo diese Regeln für den Strafproceß aufgehoben, für den Civilrichter aber bindend geblieben sind. Dieser darf sich von denselben nicht lossagen, und da die Proceß-Ordnung nirgends vorschreibt, daß ein Straferkenntniß ohne Weiteres für einen Civilanspruch beweisend sei, so kann ihm eine solche Beweiskraft auch nicht beigelegt werden. Daraus folgt nicht, daß dasselbe gar keine Beachtung verdiene, im Gegentheil wird auch der Civilrichter auf den ganzen Inhalt der Untersuchungs-Acten gebührende Rücksicht nehmen, und derselbe kann ihm in vielen Fällen, vielleicht in den meisten, ebenfalls genügenden Beweis liefern, wenn nach Vorlegung der dort erhobe-

Digitized by Google

nen Beweismittel an die Parteien, nichts Erhebliches dawider vorgebracht wird. Nur darf nicht ein Grundsatz aufgestellt werden, wie ihn der Implorant formulirt hat.

Implorant deducirt ferner, es dürfe über *denselben* Gegenstand kein doppelter Proceß zugelassen werden, nach dem Grundsatze: ne bis in idem. Dieser gilt aber nur für die Strafe, das Gesetz gestattet aber einen besondern Proceß über den Entschädigungsanspruch und erklärt den letzteren für unabhängig von der Bestrafung.

Man kann wohl einen Uebelstand darin finden, daß hiernach richterliche Urtheile ergehen können, die in ihren letzten Erfolgen theilweise sich widersprechen; es muß aber dagegen zur Erwägung kommen: daß bei den nicht ganz übereinstimmenden Zwecken, und bei den verschiedenen Mitteln zum Zweck, die der Strafproceß und der Civilproceß verfolgen und resp. anwenden, es dem *materiellen* Rechte am meisten förderlich erscheint, wenn beide Wege von einander getrennt bleiben, und das für jeden derselben zulässige eigenthümliche Verfahren unbeschränkt und bis zur vollständigen Erschöpfung aller gesetzlichen Hülfen zur Anwendung gebracht werden darf.

Entscheid. B. 33 S. 175 f.

Plenarbeschluß vom 15. December 1856. Präj. 2676: Nach Preußischem Recht ist die Entscheidung des Strafrichters über eine zur Untersuchung gekommene strafbare Handlung für den Civilrichter, welcher über einen Entschädigungsanspruch zu entscheiden hat, in seiner Beurtheilung der Beweisfrage hinsichtlich der zur Begründung dieses Anspruchs dienenden Thatsachen, insoweit nicht maßgebend, als besondere gesetzliche Bestimmungen nicht das Gegentheil rechtfertigen.

Ebendas. B. 34 S. 19—33.

Auch das Appellationsgericht zu Hamm hat noch vor der Veröffentlichung des eben gedachten Plenarbeschlusses unseres höchsten Gerichtshofes stets den darin ausgedrückten Rechtssatz festgehalten.

So wird in einem Erkenntnisse vom 7. Februar 1855 (in Sachen Löwenstein wider Fahrenberg L. 317) ausgeführt:

Der Ansicht des Richters I. Instanz, daß gegen den Verklagten durch den Ausspruch der Geschworenen und das denselben verurtheilende Erkenntniß des Schwurgerichts in Betreff des jetzt verfolgten Entschädigungsanspruchs die Thatfrage unumstößlich festgestellt worden, nämlich daß der Verklagte der Anstifter des von W. R. als physischem Urheber begangenen Verbrechens der Brandstiftung sei, daß also die in der Criminaluntersuchung stattgefundene Feststellung des s. g. *subjectiven* Thatbestandes auch in dem vorliegenden Civilprozesse maßgebend sein müsse, kann nicht beigetreten werden.

Diese Ansicht läßt sich zuförderst auf den § 6 der Einleit. zur Crim.-Ordn. nicht stützen. Denn wenn auch daselbst als ein nie außer Acht zu lassender Hauptzweck bezeichnet wird, daß durch die Untersuchung demjenigen, der durch ein Verbrechen beschädigt worden ist, zum Ersatze seines

Digitized by Google

Schadens verholfen werden solle, so ist dies doch nur von einem aus den Resultate der Ermittelungen im Untersuchungs-Verfahren sich ergebenden und durch dasselbe für den Beschädigten zu erzielenden Vortheile zu verstehen, ohne daß so wenig ausgesprochen ist, das Criminal-Verfahren vertrete das Civil-Verfahren (den Entschädigungsprozeß) mit, absorbire dasselbe, als das in dem Criminal-Prozesse ergehende Urtheil sei res judicata gegen den Angeschuldigten auch in Betreff der aus seiner unerlaubten Handlung entspringenden Civil-Verbindlichkeit. Vielmehr kann nur von den im Criminal-Verfahren stattgefundenen objectiven Ermittelungen und aufgenommenen Beweisen auch im Civilprozesse Gebrauch gemacht werden, natürlich aber nach den für den letzteren maßgebenden Beweisregeln. — Eben so wenig läßt sich für die Ansicht des ersten Richters aus der Bestimmung des § 24 Tit. 16 der Proz.-Ord. etwas herleiten, wonach, wenn eine Partei in einem Prozesse einen Eid de veritate geschworen hat und auf den Grund dessen die betreffende Thatsache für wahr angenommen oder als unwahr verworfen worden ist, dagegen für die andere Partei keine Restitution stattfinden, sondern derselben bloß freistehen soll, den Gegner allenfalls des Meineides zu überführen. „Wird dieses — heißt es dann weiter — bewerkstelligt, so folgt von selbst, daß dem Beschädigten zum Ersatze alles dessen, was er durch das Verbrechen des Gegners verloren hat, durch den Richter verholfen werden muß.“ Denn allerdings spricht es von selbst, daß dem, der durch ein fremdes Verbrechen Schaden leidet, Entschädigung geleistet werden muß; eine andere Frage aber ist die, ob der Civilrichter, welcher über den Entschädigungsanspruch entscheidet, das, was das Criminalgericht als bewiesen angenommen hat, auch seinerseits ohne Weiteres als feststehend anzunehmen habe. Diese Frage ist auch nicht etwa aus dem Grunde zu bejahen oder von dem § 24 a. a. O. als bejaht anzusehen, weil derselbe am Schlusse auf die Bestimmungen der Crimin.-Ord. darüber verweist, in wiefern ein Meineid durch Urkunden und Zeugen dargethan werden könne. Dies schließt nicht aus, daß dem Civilrichter eine selbständige und wiederholte Prüfung und Beurtheilung der über die Thäterschaft des Verbrechens vorliegenden Beweismittel obliege.

Wenn es nun aber schon an und für sich gegen alle Rechtsregeln sein würde, einer Entscheidung, welche in einem nicht unter den prozeßführenden Parteien gepflogenen Verfahren ergangen ist, die Wirkung der Rechtskraft für einen nachfolgenden Rechtsstreit beizumessen, so würde dies um so unzuläßiger erscheinen, seitdem in Preußen ein Criminal-Verfahren eingeführt ist, bei welchem unter Aufgebung aller positiven Beweisregeln über die Schuld eines Angeklagten schlechthin die subjective Ueberzeugung der die Thatfrage feststellenden Geschworenen, beziehungsweise Richter entscheidet. Einer solchen subjectiven Ueberzeugung kann sich natürlich das auf feste und positive Beweisregeln verwiesene Civilrecht nicht unterwerfen; innerhalb seines Bereiches kann dasselbe nur nach selbständiger Prüfung und Beurtheilung des Sachverhältnisses entscheiden. — Diese Prüfung kann nun allerdings aus dem Ausspruch der Geschworenen über das Schuldig des Verklagten und die darauf gegründete Verurtheilung desselben wegen Theilnahme an dem Verbrechen der Brand-

Digitized by Google

stiftung nicht den Beweis dieser Handlung gegen den Verklagten in dem vorliegenden Civilprozesse entnehmen, wohl aber führt die Betrachtung des in diesem Prozesse aufgenommenen Zeugenbeweises, in Verbindung mit den in der Criminal-Untersuchung festgestellten Umständen, zu einem solchen Grade der Ueberzeugung von der Schuld des Verklagten, daß dem Kläger der Erfüllungseid auferlegt werden konnte.

Nr. 15.

Kann der Rathgeber Vortheile einklagen, die ihm von der Gegenpartei des Berathenen zugesichert sind?

Mitgetheilt von R. von Krawel, Appellationsgerichtsrath in Naumburg a. S.

Bei dem Verkaufe ihres Landguts hatten die Eheleute A den B, zu dem sie besonderes Vertrauen hatten, zugezogen. Während sich die Eheleute A entfernten, um sich über das von den Käufern gemachte Gebot zu berathen, versprachen diese, weil sie sahen, daß der B bei den Eheleuten A etwas gelte, dem B 100 Thlr. für den Fall, daß er vom Kauf nicht abrede, und der Kauf zu Stande komme. B erklärte, daß er nicht nur nicht ab- sondern zureden werde, wenn die Käufer ein dem Werth des Guts angemessenes Gebot machten. B. redete demnächst auch zu, und der Kauf kam zu Stande. Darauf machte B. den Käufern gegenüber im Wege der Compensation die 100 Thlr. als Gegenforderung geltend.

Der erste Richter verwarf die Gegenforderung, weil sie sich als illiquide zur Compensation nicht eigne.

Das Appellationsgericht zu Naumburg bestätigte dies Erkenntniß am 16. Jan. 1864 aus folgenden Gründen:

Es kommt auf die Prüfung der Liquidität der Gegenforderung nicht an, da das Geschäft, auf welches sie gegründet wird, der Rechtsgültigkeit entbehrt.

B war nach seinem eigenen Anführen von den Eheleuten A, die zu ihm besonderes Vertrauen hatten, in deren Haus gerufen, um den Kaufunterhandlungen beizuwohnen. Trotzdem verpflichtete sich der B während der augenblicklichen Abwesenheit der Eheleute A. gegen das Versprechen der Käufer, ihm 100 Thlr. zu zahlen, dazu, den Verkäufern zum Abschluß zuzureden, wenn die Käufer ein dem Werthe des Guts angemessenes Gebot machten.

Digitized by Google

Durch dies Verhalten hat aber der B das Vertrauen getäuscht und mißbraucht, welches die Eheleute A in ihn gesetzt hatten, als sie ihn zu dem Kaufabschluß zuzogen.

Zwar scheint es, als hätte der Verklagte durch seinen Zusatz: „wenn die Käufer ein dem Werthe des Gutes angemessenes Gebot machen," sich die Freiheit bei der Berathung der Eheleute A gewahrt.

In der That war aber B doch bei der Berathung der Eheleute A im Solde der Gegenpartei. Während die Eheleute A, welche den B aus besonderem Vertrauen zugezogen hatten, glauben durften, daß B bei dem abzuschließenden Kaufvertrage ein völlig unbetheiligter und unparteiischer Rathgeber sei, hatte der Verklagte Vortheile von der Gegenpartei für seinen Rath zu erwarten. B verletzte damit das natürliche Gesetz: niemand darf das von einer Partei in ihn gesetzte Vertrauen so täuschen, daß er für den dieser Partei in Folge dieses Vertrauens ertheilten Rath sich Vortheile von der Gegenpartei versprechen läßt.

Nach § 87 der Einleitung zum A. L. R. werden aber nur diejenigen Handlungen, welche auch durch natürliche Gesetze nicht verboten sind, erlaubte genannt.

Sonach handelte der B unerlaubt, als er sich die 100 Thlr. von den Käufern versprechen ließ, und er kann nach § 68 I. 5 und § 35 I. 3 A. L. R. aus einem solchen Abkommen keine Rechte herleiten.

Nr. 16.

Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache in Folge der Zurückweisung einer auf Alimentation eines unehelichen Kindes gerichteten Klage.

Eine Geschwächte hatte eine Mannsperson auf Alimentation eines von ihr geborenen unehelichen Kindes belangt, eine bestimmte Zeit angegeben, zu welcher der Beischlaf erfolgt sein sollte, und über denselben den Eid deferirt. Es wurde auf denselben erkannt und der Beklagte leistete solchen ab, worauf er von der Klage entbunden wurde. Hierauf erhob die Klägerin (oder der Vormund ihres unehelichen Kindes) mit einer andern Klage gegen denselben Beklagten auf, stellte aber den Tag

Digitized by Google

des Beischlafs auf einen andern Zeitpunkt, als den in der früheren Klage bezeichneten und der Beklagte schützte die exc. rei judicatae vor. Diese Einrede wurde jedoch vom AGerichte zu Eisenach verworfen, weil der früher (im ersten Processe) abgeleistete Eid des Beklagten über eine ganz andere Thatsache geschworen worden sei, als diejenige ist, auf welche die zweite Klage gestützt war.

F. B. Busch, die Stimme der Praxis (Erlangen 1862) Nr. 27.

Diese Entscheidung unterliegt erheblichen Bedenken.

Vorausgesetzt, daß in den beiden Prozeßsachen eine Einheit der Parteien obwaltete, daß also sowohl der erste als der zweite Prozeß von der Geschwächten zugleich als legitimirter Vertreterin ihres unehelichen Kindes oder unter Zuziehung des Vormundes des Letzteren angestellt worden war, mußte in der That eine Identität der Streitsache angenommen werden. Denn in beiden Prozessen bildete den Klagegrund nicht der an den verschieden angegebenen Tagen stattgefundene Beischlaf, sondern die natürliche Vaterschaft des Verklagten zu dem unehelichen Kinde. Um diese Vaterschaft, als das der Klage zum Grunde liegende Rechtsverhältniß, in Gewißheit zu setzen, bedurfte es allerdings des Nachweises, daß der Beklagte innerhalb der Conceptionszeit, gleichviel an welchen Tagen, mit der Klägerin den Beischlaf vollzogen habe. Die zu diesem Nachweise angeführten Thatsachen stellen aber nur den Beweisgrund, nicht den Klagegrund dar. Nur in diesen Beweismomenten unterschied sich der zweite Prozeß von dem ersteren. Es lag daher eine materielle Verschiedenheit des Anspruches selbst gar nicht vor. War in dem zuerst angestellten Prozesse die Klägerin in Folge der Ableistung des dem Beklagten über den an einem bestimmten Tage stattgefundenen Beischlaf angetragenen Eides sachfällig geworden, so war eben damit das behauptete Rechtsverhältniß des Beklagten als Erzeugers des unehelichen Kindes verneint. Wenn nun die Klägerin mit dem Vormunde des Kindes in dem zweiten Prozesse, unter bloßer Aenderung der früheren Zeitangabe über den erfolgten Beischlaf, von Neuem den Versuch machte, die behauptete Erzeugung ihres Kindes durch den Beklagten, also die Vaterschaft desselben darzuthun, so trat sie offenbar mit jener rechtskräftigen Entscheidung, welche diesen Klagegrund bereits zerstört hatte, in Widerspruch.

Digitized by Google

Nr. 17.

Wenn ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament Seitens der Pflichttheilserben mit Erfolg angefochten worden, treten dadurch die Vorschriften der §§ 492, 493 Tit. 1 Theil II des Allg. Land-Rechts *) außer Wirksamkeit?

Die Eheleute Wilhelm Haake und Maria geb. Küper hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testamente wechselseitig mit der Bestimmung zu Erben eingesetzt, daß nach dem Tode des Längstlebenden der gesammte Nachlaß den Kindern der mittestirenden Ehefrau aus erster Ehe als alleinigen Erben zufallen sollte. Nach dem Tode der Ehefrau Haake machten jedoch deren Kinder ihr Pflichttheilsrecht am mütterlichen Nachlasse gegen ihren Stiefvater geltend, in Folge dessen sie auch ihre vollständige Abfindung rücksichtlich dieses Pflichttheils erlangten. Wilhelm Haake hielt sich nun durch die Bestimmungen jenes Testaments nicht weiter gebunden, sondern berief einen Seitenverwandten zum alleinigen Testamentserben. Als aber Letzterer nach dem Tode des Testators eine Nachlaßforderung einziehen wollte, traten ihm die oben erwähnten Vorkinder der Ehefrau Haake mit der Behauptung entgegen, daß das zweite Testament des Wilh. Haake nach den oben angeführten §§ 492, 493 rechtsungültig sei und daher die betreffende Nachlaßforderung ihnen als Erben ihres Stiefvaters zustehe. Ihrem Antrage gemäß hat auch das Appellationsgericht zu Hamm in dem Erkenntnisse vom 22. Oktober 1863, unter Abänderung des Urtheils erster Instanz, ausgesprochen, daß die betreffende Forderung nebst Zinsen den Klägern zuzuerkennen.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen:

Allerdings wird vom I. Richter in den Gründen seines Urtheils

---

*) § 492. „Nimmt er, (der überlebende) Ehegatte die Erbschaft aus dem Testamente an, so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen; insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen, zugewendet habe."

§ 493. „Dies wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten, oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen."

Digitized by Google

ganz richtig ausgeführt, daß der von den Klägern in Anspruch genommene und ihnen auch vollständig zugetheilte Pflichttheil am Nachlasse ihrer Mutter und Großmutter, der Ehefrau Wilh. Haake, an die Stelle des in dem Testamente der Eheleute Wilh. Haake ihnen zugedachten fideicommissarischen Erbtheils getreten, im Uebrigen aber das gedachte Testament bei Kräften geblieben sei. Dies läßt jedoch noch keineswegs die Folgerung zu:

> daß Wilh. Haake nunmehr auch letztwillig über das Vermögen frei habe verfügen können.

Das von den Klägern geltend gemachte Pflichttheilsrecht hat in Beziehung auf das gedachte Testament nur insofern eine Aenderung herbeigeführt, als Wilh. Haake nicht alleiniger Erbe seiner verstorbenen Ehefrau geworden ist, sondern die Kläger neben ihm als Pflichttheilserben ihrer Mutter und Großmutter getreten sind. Im Uebrigen ist es bei dem Testamente geblieben. Wenn nun auch durch jenen Pflichttheilsanspruch der Kläger, der in dem Gesetze beruht und dessen Geltendmachung Wilh. Haake daher bei dem Antritte der Erbschaft seiner Ehefrau als möglich voraussehen mußte, diese Erbschaft einigermaßen geschmälert worden ist, so ist Wilh. Haake doch immer Testamentserbe seiner Ehefrau geblieben und mußte daher in soweit noch immer die vom Gesetz im § 492 Tit. 1 Th. II des A. L. R. ihm auferlegte Beschränkung beachten. Eben deshalb läßt sich der unbestritten stattgefundenen Abfindung der Kläger rücksichtlich ihrer Pflichttheilsansprüche nicht die Wirkung beilegen, daß dadurch Wilh. Haake der nach § 492 a. a. O. ihm obliegenden Verpflichtung:

> „auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abzugehen"

entbunden worden.

Ist hiernach das zweite Testament des Wilh. Haake für ungültig zu erachten, so stellt sich von selbst der Klageantrag als begründet dar. Es war deshalb, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, nach dem Klageantrage zu erkennen.

P. 315.

Digitized by Google

Nr. 10.

Anspruch des Erwerbers einer Grundbesitzung auf den Expropriationswerth eines vor seiner Erwerbung expropriirten Pertinenzstückes derselben.

In Striethorst's Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, Bd. 42 S. 63 f. wird folgender Rechtsfall mitgetheilt:

Der minderjährige Thomas Sebrella hat mittelst Schenkungsvertrages vom 15. Februar 1854 die Häuslerstelle Nr. 166 zu Groß-Peterwitz von deren damaligem Besitzer erworben, und ist der Besitztitel für ihn zufolge Verfügung vom 2. März 1854 berichtigt worden. Sein Litiskurator behauptete hiernächst, daß zu dieser Stelle damals auch eine Gartenparzelle von 13 Quadrat-Ruthen gehört habe, welche später, im Frühjahr 1854, von dem Kreise Ratibor, ohne vorher stattgehabtes Expropriations-Verfahren, zum Zwecke der Anlage der Chaussee von Ratibor über Groß-Peterwitz in Besitz genommen und verwendet worden sei. Er beanspruchte deshalb von dem Kreise Ratibor Vergütung des außerordentlichen Werthes und demgemäß Zahlung einer Entschädigungs-Summe von 150 Rthlrn. Der Verklagte widersprach dieser Klage. Er bestritt, daß Kläger Eigenthümer der fraglichen Parzelle gewesen sei, indem er behauptete, daß die Verwendung derselben zum Chausseebau schon im Jahre 1853 geschehen sei. — Die beiden Instanzrichter wiesen den Kläger ab, der Appellationsrichter aus dem Grunde, weil die Uebergabe der fraglichen Parzelle an den Kläger nicht erfolgt, derselbe also nicht davon Eigenthümer geworden, und daher wegen deren Entziehung Entschädigung zu fordern nicht legitimirt sei.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeits-Beschwerde durch Erkenntniß vom 6. Mai 1861 das Appellations-Urtheil vernichtet, unter Aufhebung des ersten Urtheils den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation verworfen, und die Entscheidung in der Hauptsache zur ersten Instanz verwiesen.

Gründe:

Als Regel muß zwar, wie im Gemeinen, so auch im Preußischen Rechte, die Richtigkeit des Satzes: pretium succedit in locum rei, in Abrede gestellt werden. Wie derselbe aber gemeinrechtlich, wenn auch in einem sehr beschränkten Sinne, ausnahmsweise Anwendung findet,

Digitized by Google

(vergl. v. Vangerow Pandekten Band I. Seite 127.; Puchta Pandekten, §§ 35. 39., und Archiv für civilist. Praxis, Band 17. Seite 337. ff.) so lassen ihn unsere Gesetze neben einigen Einzelfällen (§ 56. I. 17. des Allgem. Landrechts und § 276. I. 50. der Allg. Gerichts-Ordnung) da gelten, wo die Veräußerung einer Sache aus gesetzlicher Nothwendigkeit oder im öffentlichen Interesse geschieht und durch die obrigkeitlichen Behörden geleitet oder autorisirt wird. (§§ 458. 459 I. 20. des Allgem. Landrechts, § 77. I. 24. und die §§ 220. 221. 309. 353. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung, die Gemeinheits-Theilungs- und Ablösungs-Ordnungen vom 7. Juni 1821, §§ 147. ff. §§ 38. ff., nebst den dazu gehörigen späteren, in den Entscheidungen Band 20 Seite 272 ff. allegirten Gesetzen, die Verordnungen vom 8. August 1832 und vom 25. April 1836, wegen der Chaussee- und Festungs-Bauten u. s. w.)

Eine derartige Veräußerung liegt hier vor, wie der Appellations-Richter feststellt, der zugleich davon ausgeht, daß die fragliche Parzelle ein Pertinenz des dem Kläger geschenkten Hofes gebildet habe, und daß zur Zeit der Uebergabe desselben für jene, wiewohl sie zum Chausseebaue vom Beklagten verwendet worden, kein Expropriations-Preis entrichtet, ja nicht einmal ordnungsmäßig festgestellt war. Wenn nun trotzdem der genannte Richter den Kläger um deswillen nicht für legitimirt zur Einforderung des erwähnten Preises erachtet, weil derselbe nur durch die Uebergabe der streitigen Parzelle gemäß § 1038. I. 11. des Allgem. Landrechts deren Eigenthum erlangt haben würde, so bringt er allerdings, wie Implorant rügt, dieses Gesetz insofern unpassend zur Anwendung, als es sich hier nicht lediglich darum handelt, ob Kläger das sachliche Eigenthumsrecht erworben hat, vielmehr in Frage kömmt, ob auf ihn der, das sachliche Eigenthum repräsentirende und an dessen Stelle tretende, Expropriationswerth übergegangen ist. Dies zu bejahen, unterliegt nach Obigem und, wenn festgestellt wird, daß jene Parzelle einen Theil, resp. ein Zubehör des dem Kläger geschenkten Bauerhofes gebildet habe, keinem Bedenken.

Es kann nicht zugegeben werden, daß die vorstehende Entscheidung so unbedenklich ist, wie sie sich selbst bezeichnet. Wenigstens erscheinen die angeführten Gründe nicht zureichend, um die vom Appellationsrichter vermißte Legitimation des Klägers zur Einziehung der fraglichen Entschädigungssumme darzulegen.

Digitized by Google

Allerdings kam es bei Entscheidung der Sache, wie der höchste Gerichtshof ganz richtig hervorhebt, allein auf die Frage an:

„ob auf den Kläger der, das sachliche Eigenthum repräsentirende und an dessen Stelle tretende, Expropriationswerth übergegangen sei."

Wenn aber das Ober-Tribunal die Bejahung dieser Frage daraus entnimmt, daß nach unserer Gesetzgebung der als Regel nicht anzuerkennende Satz: pretium succedit in locum rei, Ausnahmsweise da Geltung habe, „wo die Veräußerung einer Sache aus gesetzlicher Nothwendigkeit oder im öffentlichen Interesse geschieht und durch die obrigkeitlichen Behörden geleitet oder autorisirt wird," so ist das Bestehen solcher Ausnahme-Vorschriften nicht zu bezweifeln, wohl aber ihre Anwendbarkeit auf einen Fall der vorliegenden Art. Denn die in Bezug genommenen Gesetze lassen nur den, in der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 § 147 dahin formulirten Rechtssatz erkennen:

„Die Entschädigung, die jeder Theilhaber durch die Auseinandersetzung erhält, ist ein Surrogat der dafür abgetretenen Grundstücke und dadurch abgelöseten Berechtigungen und erhält daher in Ansehung ihrer Befugnisse, Lasten und sonstigen Rechtsverhältnisse die Eigenschaften derjenigen Grundstücke, für welche sie gegeben worden."

Hieraus folgt aber nur, daß das Abfindungsobjekt in das bisher bestandene dingliche Rechtsverhältniß des dafür abgetretenen Gegenstandes tritt, so daß die daran bereits erworbenen Rechte Dritter sich auf ersteres von selbst (d. h. vermöge des Gesetzes) übertragen. Weiter aber reicht jene Ausnahmebestimmung nicht, und kann nicht weiter reichen, ohne über ihren Zweck — die Regulirung bestehender dinglicher Rechtsverhältnisse — hinauszugehen. Mit einer solchen Regulirung haben wir es aber in dem vorliegenden Rechtsfalle gar nicht zu thun. Es handelt sich hier um ein erst nach der Abtrennung des Pertinenzstückes erworbenes Eigenthumsrecht an der Hauptsache. Es kann deshalb allein der Erwerbungsact darüber entscheiden, ob mit der Hauptsache zugleich der Anspruch auf die für das früher abgetrennte Pertinenzstück zu zahlende Entschädigungssumme auf den Erwerber übergegangen ist.

Diesen in dem mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Tribunals unberührt gebliebenen Gesichtspunkt, wonach das nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln zu ermittelnde quod actum est die Entscheidungsnorm abgibt, halten wir für den allein richtigen und deshalb die gege-

Digitized by Google

benen Urtheilsgründe nicht für überzeugend. Der angedeutete Gesichtspunkt führt uns auf das Obligationsgebiet. Wir haben hier nicht nach der Anwendbarkeit des an sich sehr zweifelhaften Satzes: pretium succedit in locum rei, sondern allein darnach zu fragen: ob nach der Absicht der Contrahenten, also nach dem durch den vorliegenden Act kund gegebenen Vertragswillen die gedachte Schenkung auch den Expropriationswerth des bereits früher abgetrennten Pertinenzstückes zum Gegenstande hat. Und auf diese Frage ist das Ober-Tribunal gar nicht eingegangen.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I. Tit. 9.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

Neunter Abschnitt.

Von der Verjährung.

(Schluß.)

III. Arten der ungewöhnlichen Verjährung durch Nichtgebrauch und Besitz.

Vier und vierzigjährige.

§§ 629—634.

1. In Betreff der Verjährung gegen den Fiskus vergl.

Unterholzner I §§ 46, 47 (Begünstigung des Staats und der Staatsgewalt), I §§ 56, 57 (Von den Sachen, die dem Staat und dem höchsten Staatsoberhaupt gehören).

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 364 f. 391 f. Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 19. Januar 1849 in dessen Entscheid. B. 17 S. 417 f. (Die Verjährung durch Besitz gegen den Fiskus nach sächsischem Recht wird binnen 40 Jahren vollendet. Eine vierjährige Restitutionsfrist kommt dem Fiskus zwar zu Statten, jedoch nur, wenn sie innerhalb dieser Frist nachgesucht worden ist).

Plenarbeschluß desselben Gerichtshofes vom 20. Oktober 1850 Präj. 2242 ebendas. B. 20 S. 19 f. (Einzelne fiskalische Stationen können gegen einander keine Rechte in Bezug auf das Staatsvermögen durch Verjährung erwerben.)

Digitized by Google

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 3. Juli 1860 ebendas. B. 45 S. 112 f. (Gegen das königliche Hausfideicommiß finden die Grundsätze der Verjährung, wie gegen den Fiskus Anwendung).

2. In Betreff der Kirchen vergl.

Unterholzner I §§ 40 — 44 (Begünstigung der Kirchen und wohlthätigen Stiftungen) § 51, 52 (Ausschließung der Verjährung bei geheiligten Gegenständen).

v. Buchholtz, juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Röm. Rechts (Königsberg 1833) Nr. 29 „Beitrag zur Lehre von der Verjährung der Klagen und Sachen der Kirchen."

Jacobson in Weiske's Rechtslexicon VI S. 138 f.:

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 20. September 1859 über die Anwendbarkeit der Vorschriften rücksichtlich der Verjährung gegen Kirchen auf das Pfarrvermögen (Striethorst Archiv B. 35 S. 78 f.)

3. In Betreff der Städte vergl.

Unterholzner I § 58 (Von den Besitzthümern der Stadt-Gemeinden).

Pfeiffer im Archiv für die civil. Praxis B. 28 S. 139 — 158. („Sind die Sachen und Rechte der Städte einer Verjährung von 30 oder 40 Jahren unterworfen?")

Seuffert, Archiv III Nr. 297. XIII Nr. 7.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 20. Febr. 1844 und 1. November 1849 (Entscheid. B. 13 S. 161 f. B. 18 S. 182 f.).

Desgl. in Betreff der Dorfgemeinden

Seuffert, Archiv III Nr. 137; IX Nr. 119.
Arnsb. N. Archiv XIII S. 423.
Rechtsfälle des Ob. Trib. IV S. 216 f.

4. In Betreff der Universitäten vergl.

Seuffert, Archiv VI Nr. 134.

5. Rücksichtlich des Verjährungszeitraums „von Vier und Vierzig Jahren" vergl.

Rave, Princip. doctr. de praescr. § 28 Nr. 5: Qui ex relatis possessoribus, quorum res usucapioni aut praescriptioni longissimi temporis subsunt, beneficio restitutionis in integrum gaudent, iis quatuor anni adhuc addendi sunt, ut hoc quoque beneficium extinctum sit l. 7 C. quib. non objic.

Digitized by Google

K. Th. Pütter, die Lehre vom Eigenthum nach Deutschen Rechten (Berlin 1831) S. 157: Die alte dreißig- oder vierzigjährige Ersitzungsfrist der Gemeinheitsgüter ist durch eine vierjährige Restitutionsfrist, a Clem. un. de rest. in integr. (1, 11) verlängert. [1])

Suarez in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf sagt hierüber:

Die Monenten streiten sich darüber, ob zu 40 Jahren noch das qua driennium restitutionis in integrum hinzukomme oder nicht. Ich würd den Streit negativ entscheiden. Es gründet sich auf eine bloße unrichtig Interpretation, daß man dem fisco et ecclesiae, weil sie überhaupt jur minorum haben, auch das privilegium minorum, ratione restitutionis i integrum, beigelegt hat. Dessen bedürfen sie bei der Präscription nich da sie hier schon durch die um 10 Jahre verlängerte Frist hinlänglich privilegirt sind. In ihren Angelegenheiten kann also restitutio in in tegrum für sie nur unter eben den Umständen stattfinden, als dies bene ficium einem Jeden, contra quem praescribitur, zu Statten kommt.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 554.

Könen monirte jedoch zu § 634 des gedruckten Entwurfs (§ 629 d. T.)

Bei der vierzigjährigen Verjährung contra fiscum etc. würde das quadriennium restitutionis, wie bisher, wohl stattfinden müssen.

In Folge dessen wurde die Aenderung beschlossen:

Für „von 40 Jahren" — „von 44 Jahren."

Ebendas. S. 589.

6. Anlangend die neueren Gesetzgebungen, so verordnet das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch:

§ 1472. „Gegen den Fiscus, das ist, gegen die Verwalter der Staatsgüter und des Staatsvermögens, insoweit die Verjährung Platz greift (§§ 287, 289, 1456 und 1457), ferner gegen die Verwalter der Güter der Kirchen, Gemeinden und anderer erlaubten Körper, [2]) reicht die gemeine ordentliche Ersitzungszeit nicht zu. Der Besitz beweglicher Sachen, so wie auch der Besitz der unbeweglichen, oder der darauf ausgeübten Dienstbarkeiten und anderer Rechte, wenn sie auf den Namen des Besitzers den öffentlichen Büchern einverleibt sind, muß durch sechs

---

1) Berger, oecon. jur. Lib. II tit. 2 cap. 23 No. 2: Quadraginta annis, quibus usucapitur res ecclesiae immobilis, addendum esse quadriennium, intra quod ecclesiae competit restitutio in integrum, contra praescriptionem quadragenariam completam (Clem. un. cit.); igitur opus est quadraginta quatuor annis.

2) Unger, System des österr. allgem. Privatr. I S. 351 Note 21 bemerkt: Nach österr. Recht kommt wohl auch den Stiftungen die Begünstigung der §§ 1472, 1485 in Ansehung der Ersitzungs- und Verjährungszeit zu; in beiden §§ ist wohl nur von „erlaubten Körpern" die Rede, allein in früherer Zeit bezeichnete man gewöhnlich wenngleich unpassend (vergl. Savigny II S. 244 Note b) alle juristische Personen mit dem Ausdruck Corporation, Körper (pium corpus).

Digitized by Google

Jahre fortgesetzt werden. Rechte solcher Art, die auf den Namen des Besitzers in die öffentlichen Bücher nicht einverleibt sind, und alle übrige Rechte lassen sich gegen den Fiscus und die hier angeführten begünstigten Personen nur durch den Besitz von vierzig Jahren erwerben."

§ 1485. „In Rücksicht der in dem § 1472 begünstigten Personen werden wie zur Ersitzung, also auch zur Verjährung vierzig Jahre erfordert."

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen kennt solche exceptionelle Bestimmungen weder bei der Klagenverjährung noch bei der Ersitzung. [1])

Ebensowenig der Code civil, welcher ausdrücklich bestimmt:

art. 2227. „L'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que le particulier, et peuvent également les opposer."

---

§ 635. Der gedruckte Entwurf enthielt eine solche Bestimmung noch nicht. Die Monenten wollten jedoch die Frage entschieden wissen:

ob fiscus et ecclesia sich ihrer Privilegien contra aeque privilegiatum bedienen könnten.

Suarez sagt:

Affirmation ist m. E. klar. Die Ursache der verlängerten Frist liegt in der Absicht, daß dem fisco und der Kirche die Negligenz ihrer Administratoren so wenig als möglich schaden solle. Es kann also die Person

---

1) In Betreff der Klagenverjährung wird in den Motiven (S. 620) gesagt: Nach dem § 158 wird die Klagenverjährung ohne allen Unterschied mit dem Ablaufe von 30 Jahren vollendet; die Vorzugsrechte, deren gewisse Personen in Beziehung auf die Verjährungsfrist bisher theilhaftig waren, z. B. Kirchen, milde Stiftungen, fiscus, hören also mit dem Eintritte der Wirksamkeit des Gesetzbuches auf. Die 30jährige Frist ist eine so lange, daß sie unter allen Verhältnissen ausreicht. Zudem haben sich die Gründe, auf welchen das jenen Anstalten in Beziehung auf die Verjährungsfrist zustehende jus singulare beruhte, gegenwärtig fast sämmtlich erledigt. Wenigstens liegt bei der hinreichenden Zahl der diesen Anstalten zu Gebote stehenden, mit der Vermögensverwaltung betrauten Beamten, bei der genauen Controle, welcher diese Beamten verfassungsmäßig unterworfen sind, bei der fast beendigten Ablösung des größten Theiles der gerade schwierig zu überwachenden Gerechtsame, bei der vereinfachten Gesetzgebung überhaupt ein Bedürfniß der fortdauernden Aufrechthaltung der bisherigen längeren Verjährungsfristen nicht vor. Bloße Billigkeitsgründe, wären selbst solche, wie man nicht zugeben kann, vorhanden, würden aber dem wünschenswerthen Principe der Vereinfachung gegenüber keinen Einfluß haben können.

Digitized by Google

desjenigen, der aus einer solchen Negligenz Vortheil ziehen würde, keinen Unterschied machen.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 554 Nr. 5.

---

§§ 636 — 639.

Vergl. Unterholzner I § 33 und Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 338, 339.

v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen Th. 3 Nr. VI. (2. Ausgabe Leipzig 1850). „Kann der Fiscus von seinem Privilegium der vierzigjährigen Verjährung Gebrauch machen bei Rechten, die von einer Privatperson auf ihn übergegangen sind, nachdem ein Dritter die ordentliche Verjährung gegen selbige bereits angefangen hatte?"

Seuffert, Archiv II Nr. 7, VI Nr. 131.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin v. 30. April 1852 (Striethorst, Archiv B. 5 S. 222 f.).

---

§ 640.

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 1473. „Wer mit einer von dem Gesetze in Ansehung der Verjährungszeit begünstigten Person in Gemeinschaft steht, dem kommt die nämliche Begünstigung zu Statten. Begünstigungen der längeren Verjährungsfrist haben auch gegen andere, dazu ebenfalls begünstigte Personen ihre Wirkung."

Vergl. auch das Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 13. Juni 1854 (Entscheid. B. 28 S. 130 f.).

Verjährung durch Besitz vom Jahre 1740. [1])

§§ 641 bis 647.

1. „Die im Marginale s. g. „„Verjährung durch Besitz vom Jahre 1740"" ist in der That keine Verjährung, sondern eine Ausnahme von der Verjährung zum Schutze gegen den Fiscus, auf Grund eines vollständigen ruhigen Besitzes (ohne Rücksicht auf titulus und fides) oder eines fiscalischen Anerkenntnisses im Normaljahre 1740."

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilr. im Grundrisse S. 56.

So bemerkt auch Suarez zum ersten Entwurf:

Der Besitz vom Jahre 1740 ist keine Verjährung; es ist ein annus normalis, der ohne Rücksicht auf den früher angefangenen oder später fortgesetzten Besitz die Rechte der privatorum gegen den Fiscum bestimmt.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 487.

1) Ueber die Entstehung des annus decretorius vergl. Koch das Recht der preußischen Domainen. S. 210 f.

Digitized by Google

2. Die dem ruhigen Besitzstande im Normaljahre beigelegte Wirkung ist weder durch den Nachweis eines Rechtstitels noch durch den des guten Glaubens bedingt.

Präjudiz des Ober-Tribunals vom 11. Januar 1848 Nr. 1970: Zur Verjährung durch den Besitz in den Normaljahren genügt es, daß der Besitz ein vollständiger und ruhiger war; auf den Nachweis eines Titels kommt es nicht an.

Präj.-Samml. S. 43. Entscheid. B. 16 S. 132 f.

Präjudiz desselben Gerichtshofes vom 14. April 1848 Nr. 2001: Der Besitz in den Normaljahren 1740 und 1797 muß ein vollständiger sein, erfordert also nur den Nachweis dieser Eigenschaft, nicht aber auch den des guten Glaubens.

Präj.-Samml. S. 44. Entscheid. B. 17 S. 139.

3. Die Frage:

ob auch der ruhige Besitz einer Servitut an einem Domainengrundstücke im Normaljahre gegen die Anfechtungen des Fiscus schütze,

ist durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 20. Juni 1854 verneint worden. [1])

Striethorst, Archiv B. 15 S. 12.

Mit Recht wird jedoch diese Ansicht in einer Abhandlung des Justiz-Raths Boots: „Gewährt der Besitz im Normaljahre (1740) Schutz gegen die Anfechtungen des Fiscus nur in sofern, als es sich um das Eigenthum eines ganzen Domainengutes, oder auch dann, wenn

---

1) In den Gründen ist ausgeführt:

Die Kläger haben sich noch auf den Besitz im Jahre 1740 berufen, aber auch dieses Klagefundament ist nicht gerechtfertigt. Es fehlte den Amtsunterthanen im Jahre 1740 an dem vollständigen, d. i. dem Eigenthumsbesitze, und es bestimmt zwar der § 38 Tit. 14 Th. II A. L. R., daß die Verjährung durch Besitz im Jahre 1740 auch bei Domainengütern statt finden solle, jedoch disponirt § 42 ebendas.:

„Wird nicht über das Eigenthum eines Domainenguts, sondern nur über einzelne Pertinenzstücke desselben, oder über Dienstbarkeits- und andere Rechte, welche das Domainenamt gegen einen Dritten, oder dieser gegen das Amt sich anmaßt, gestritten: so finden auch bei Domainen die allgemeinen Grundsätze von der Verjährung gegen den Fiskus Anwendung." Th. I Tit. 9 § 629 sqq.

Hieraus ergibt sich, daß nur bei der Erwerbung eines ganzen Domainengutes der vollständige ruhige Besitz im Normaljahre entscheidet, Servituten gegen Domainengrundstücke dagegen bei der Berufung auf Verjährung nur durch den Besitz von 44 Jahren erworben werden können.

Digitized by Google

es sich um Servituten gegen Domainengrundstücke handelt?" (Arnsb. Jur. Monatsschrift I S. 385 f.) bekämpft.

Seine Gegenausführungen sind im Wesentlichen folgende:

Die Entstehungsgeschichte der in den §§ 641 — 647 Tit. 9 aufgestellten Theorie der Verjährung durch Besitz im Jahre 1740 wird von den Gesetz-Revisoren (Pens. XIII S. 164) angedeutet und von Koch, Recht der preuß. Domainen S. 211 f. ausführlich mitgetheilt. Die Kab.-Ordres vom 28. Januar und 16. Februar 1747, 9. März 1750 und 20. Oktober 1755 sind ihre Quellen. — Diese klaren Vorschriften, besonders in Verbindung mit den, sie veranlassenden Beschwerden, machen unzweifelhaft, daß nach dem Willen des Königs Friedrichs II der Besitz von 1740 auch rücksichtlich der Gerechtsame und Gerechtigkeiten gegen den Fiscus in Schutz sein sollte. Damit stimmt überein:

1) die Forstordnung für Ostpreußen und Lithauen vom 3. December 1775 Tit. I § 7.
2) desgl. für Pommern vom 24. December 1777 Tit. I § 7.
3) die Verordnung vom 22. Juni 1800, betreffend die Verbindlichkeiten der Holz- und Hütungsberechtigten Tit. II § 5.
4) die Forst- und Jagd-Ordnung vom 8. Oktober 1805 für Westpreußen und den Netz-Distrikt Tit. III. § 1.

Vor- und nach-landrechtliche Spezialgesetze erkennen also den Besitz auch in Betreff der Rechte und Gerechtigkeiten gegen den Fiscus als einen Erwerbungsgrund an. Die allgemeine Fassung des § 641 Tit. 9 und des § 646 daselbst führen zu der Annahme, daß auch das A. L. R. jenen Grundsatz nicht hat aufgeben wollen. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte der betreffenden §§, wie dieselbe in Simon und v. Strampff's Zeitschrift B. 3 mitgetheilt wird.

Das Obertribunal beruft sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht auf die §§ 38 und 42 Tit. 14 Th. II A. L. R. Für die Lehre der Verjährung der Regalien und Domainen ist allerdings sedes materiae in den §§ 35 f. Tit. 14 a. a. O. und die dort speziell nur in Betreff dieser beiden Arten von Staatseigenthum gegebenen Bestimmungen können nicht füglich eine analoge anderweite Anwendung finden. Wäre daher nur dort von dem Besitz im Normaljahre 1740 die Rede, so wäre die Ansicht des Obertribunals unzweifelhaft richtig. So steht aber die Sache nicht. Für die Lehre von der Verjährung durch Besitz im Jahre 1740 ist sedes materiae in den §§ 641 f. Tit. 9 Th. I. Im Tit. 14 Th. II folgt auf die Regel von der Unverjährbarkeit des Eigenthums der Domainengüter die Bestimmung des § 38: „Doch soll die Verjährung durch den Besitz vom Jahre 1740 auch bei Domainengütern stattfinden (Th. I Tit. 9 § 641 sqq.)" Das Wort „auch" hat das Obertribunal übersehen, und die Bedeutung desselben ist offenbar die, daß die Regel der §§ 641 f. ebenfalls auf Domainengüter angewendet werden soll. Die Spezialbestimmung des § 38 war aber nothwendig, weil in Ermangelung derselben der ausgesprochenen Unverjährbarkeit der Domainengüter gegenüber die

Digitized by Google

Regel des § 641 auf diese Güter nicht hätte angewendet werden können, da der Besitz im Jahre 1740 von den Redactoren des A. L. R. als eine Art der Verjährung aufgefaßt worden ist. Der § 42 Tit. 14 Th. II steht der Ansicht des Obertribunals gleichfalls nicht zur Seite.

Zu den allgemeinen Grundsätzen von der Verjährung gegen den Fiscus gehören unbedenklich auch die Bestimmungen über die Verjährung durch Besitz im Jahre 1740, welche nur gegen den Fiscus geltend gemacht werden kann, und wenn im § 42 die §§ 629 f. Tit. 9 allegirt sind, so ist darin keineswegs eine gar nicht angedeutete Beschränkung der ausdrücklichen Textesworte zu finden und anzunehmen, daß mit dem Allegate nur die §§ 629—640, nicht aber die §§ 641—647 gemeint seien.

Auch die späteren Verordnungen über Einführung einer Normalzeit zum Schutze gegen fiscalische Ansprüche sprechen gegen die Ansicht des Obertribunals.

Vergl. Verordnung v. 18. December 1798, Ges. vom 18. December 1831 und § 5 des Westpreuß. Provinzialrechts.

Vierzigjährige Verjährung.

§ 648. Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. XLIII th. 9 not. j: Quod dictum est, non currere usucapionem rei vitiosae, accipiendum est de ordinaria usucapione, nam 30 annorum spatio et res talis praescribitur (l. 3 C. de praescr. 30 ann.), quia per tale tempus purgatur illud vitium reale, et spatio 30 vel 40 annorum etiam actio furti tollitur, a qua ad extinctionem rei furtivae vitii, seu qualitatis furtivitatis recte concludunt Carpzov, p. 2 c. 3 n. 4, ubi recte observat, quod quod et in foro saxonico praescriptione tricennali res furtiva comprehendatur, ita ut possessor rei furtivae post effluxum 30 annorum cum anno et die eam haudquaquam restituere teneatur.

Rave, de praescript. § 27: .. Procedit haec praescriptio triginta annorum .. in rebus furtivis et vi possessis ad bonae fidei possessorem devolutis, qui illas tali tempore tenuit. Hoc expressa lege dispositum non est, sed ex analogia Nov. 119 c. 7 non male concluditur.

Vergl. Unterholzner I § 60.

Suarez, amtliche Vorträge zu § 648 d. T.: Ex opinione Dd. ward auch res vitiosa von dem ersten redlichen Besitzer binnen 30 Jahren präscribirt; hier sind 40 angenommen. Es ist aber zu bemerken, daß diese Meinung der Rechtslehrer sich auf keinen ausdrücklichen Text des juris romani gründe, sondern nur ex analogia der Nov. 119 c. 7 gefolgert werde; cf. Rave de praescriptione § 27.

Da die Präscription solcher Sachen, die ursprünglich durch Diebstahl oder Raub ihrem rechtmäßigen Eigenthümer entzogen worden, wohl keine Begünstigung verdient, so scheint dadurch die Verlängerung der Frist auf 10 Jahre hinlänglich gerechtfertigt zu sein.

Im Uebrigen ist zu verweisen auf die Glossen zu den §§ 584—596 f. (oben S. 94 f.)

Digitized by Google

§§ 649 bis 654.

In Betreff dieser die Ersitzung der jura discontinua betreffende Vorschriften ist auf die Beiträge zur Lehre der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten (oben S. 187 f. 198 f. u. 205) zu verweisen.

Fünfzigjährige Präscription.

§§ 655 bis 659.

1. Diese Vorschriften betreffen eine von den Redactoren unsere Landrechts geschaffene besondere Verjährungsart — die Ersitzung de Abgabenfreiheit. Dieselbe ist an die Stelle der für unpassend gehal tenen gemeinrechtlichen Immemorialverjährung getreten.

Suarez spricht sich in den allgemeinen Vorbemerkungen zum gedruckten Entwurf hierüber dahin aus: [1])

> ... Von der s. g. unvordenklichen Verjährung läßt sich kein deutliche und richtiger Begriff fassen. Derjenige, gegen welchen sie stattfinden soll kann entweder sein Recht hinlänglich nachweisen oder nicht. Letztern Falls ist keine Verjährung nöthig, da der Besitz allein den Besitzer schon hinlänglich gegen einen Jeden schützt, der kein besseres Recht nachweisen kann. Kann aber dergleichen besseres Recht nachgewiesen werden, so muß nothwendig ein Zeitpunkt existiren, wo es mit der Sache eine andere Bewandniß gehabt hat. Nennt man aber unvordenkliche Verjährung diejenige, welche sich über Menschengedenken hinaus erstreckt, so kommt man auf allzu schwankende und ungewisse Bestimmungen, welche bei der Anwendung der Willkür des Richters zu viel Raum lassen. Es ist also für diese unvordenkliche eine fünfzigjährige Präscription angenommen worden. [2])
>
> Simon u. v. Strampff, Materialien S. 503.

---

1) Schon Klein bemerkte in seinen Materialien der Verjährungslehre:

> Praescriptionem immemorialem admittire ich mit sehr viel angesehenen Rechtslehrern gar nicht. Sie ist unnütz, sobald zu einer jeden Präscription der erforderliche Zeitpunkt deutlich festgesetzt wird. Die Sachen, welche von der Verjährung ganz ausgenommen sind, müssen auch nicht per praescriptionem immemorialem verjähret werden, sonst entstehet eine höchst schädliche praescriptio contra legem prohibitivam.
>
> Simon u. v. Strampff, Materialien S. 446.

2) Vergl. auch das in Suarez's amtlichen Vorträgen in Bezug genommene besondere Promemoria, worin u. A. gesagt ist:

> Praescriptio immemorialis ist im Gesetzbuche abgeschafft und derselben in gewissen Fällen eine 50jährige Präscription substituirt. Die Gründe dazu sind folgende: ...
>
> Die Fälle, wo die Dd. praescriptionem immemorialem erfordern, sind hauptsächlich folgende: ...
>
> ... b) bei Erlangung der Immunität a tributis et aliis oneribus.. ad b. ist der Fall nach der Verschiedenheit der Verhältnisse in den §§ (656 bis 658) genauer bestimmt, und die angenommene 50jährige Frist scheint mir vor der schwankenden Bestimmung „bei Menschengedenken" den Vorzug zu verdienen. Ebend. S. 598, 599.

Digitized by Google

Weiterhin sagt Suarez in seiner Revision der monita zum gedruckten Entwurf:

> Verschiedene Monenten sind der Meinung, daß die Befreiung von öffentlichen und bürgerlichen Lasten und Abgaben durch keine Verjährung erworben werden könne, weil dabei par ratio wie bei Domainen und Regalien vorwalte... Ich halte das monitum für vollkommen erheblich. Dergleichen Befreiungen verdienen das größte odium und die möglichste Einschränkung, weil sie den übrigen abgabepflichtigen Bürgern des Staates, welche am Ende doch dem Ausfalle unterliegen müssen, zur größten Last gereichen. Es ist auch vollkommen par ratio wie bei den Domainen vorhanden. So wie diese unveräußerlich sind, so ist es auch die Befugniß, von den Bürgern des Staates die nach allgemeiner Anlage erforderlichen Beiträge zu den Staatsausgaben zu verlangen. Ich würde daher den § 513 [1]) nach der Theorie, die bei den Domainen angenommen worden, ändern."

Ebendas. S. 557.

2. Im gemeinen Recht ist es streitig:

ob und in wiefern die Abgabenfreiheit durch Verjährung erworben werden könne.

Vergleiche hierüber:

B. W. Pfeiffer, practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Bd. I (Hannover 1825) Nr. XVII: „Eine Befreiung einzelner Staatsbürger von dem Beitrage zu allgemeinen Staatslasten, wohin auch der Wege- und Chausseebau gehört, kann durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden." [2])

---

1) Dieser § lautete:

„Soll eine Befreiung von öffentlichen Lasten und Abgaben durch Verjährung erlangt werden, so muß der Besitz dieses Befreiungsrechts ergriffen und durch fünfzig Jahre fortgesetzt worden sein."

2) Der Verfasser unterscheidet die allgemeine und unbedingte Exemtion einzelner Staatsbürger oder einzelner Klassen der Staatsbürger von solchen Lasten und die Befreiung rücksichtlich einer bestimmten Art des Beitrags zu den allgemeinen Staatslasten. Bloß die Erwerbung einer particulären Befreiung von bestimmten Lasten durch unvordenkliche Verjährung sei zulässig, nicht aber die der ersten Art. Zugleich mit dieser, den allgemeinen staatsrechtlichen Principien vollkommen entsprechenden Entwickelung der Grundsätze, welche Bd. II. S. 104 f. weiter ausgeführt sind, wird sehr geistreich bewiesen, daß die nach den deutschen Reichsgesetzen, wie nach Landesgesetzen, im Allgemeinen gestattete Erwerbung von Steuerfreiheiten durch unvordenklichen Besitz mit der obigen Regel überall nicht im Widerspruch steht.

Schunk's Jahrbücher Bd. XIII. S. 48, 49.

Von älteren Juristen sei erwähnt:

Mascardi de Probat. Vol. II concl. 885: Immunitas ex temporis diuturnitate praesumitur solenniter concessa... Quid vero, si iste, qui im-

Digitized by Google

Folgende Rechtssprüche hierüber sind anzuführen:

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom Jahre 1788: Ob überhaupt die Steuerfreiheit durch Verjährung erworben werden könne, ist sehr streitig.

Günther und Otto, Leipziger Magazin für Rechtsgelehrsamkeit 1786 Stück 5 Nr. 4.

Ledderhose, kleine Schriften Bd. 1 Nr. XI.

Mehrere verneinen dies unbedingt.

Pufendorff, observ. jur. univ. II 136.

Andere lassen wenigstens die unvordenkliche Verjährung zu. — Die letztere Meinung scheint die gegründetere zu sein. Bei dem Besitze der Freiheit von Abgaben und Verpflichtungen seit unvordenklicher Zeit ist eigentlich nicht von einer durch Verjährung erworbenen Befreiung von einer anerkannten Pflicht die Rede. Selbst bei unstreitigen öffentlichen Abgaben, wo Jemand gar nicht bezweifelt, die Regel gegen sich zu haben, sondern bloß eine Immunität ex possessione libertatis immemorialis behauptet, ist dieser Beweis in dem Falle für erheblich und zulässig zu achten, wenn nicht erhellt, daß jemals, vom Anfange der Auflage oder Abgabe an, dergleichen onera publica von ihm eingefordert worden sind. Daraus erwächst die stärkste Vermuthung, daß Niemand ein Recht gehabt hat, solche Abgaben zu fordern.

v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen IV. Nr. 2.

Aus der Praxis desselben Gerichtshofes wird mitgetheilt: Zur Erlangung einer Immunität von Gemeinheitslasten, ingleichen von Anlagen und Naturaldiensten Behufs der Erbauung und Unterhaltung der Kirchen und sonstigen geistlichen Gebäude ist der Beweis einer qualifizirten Verjährung nicht erforderlich.

Die Verpflichtung zu den Gemeindediensten und Reihelasten beruht auf der unter allen Genossen statthabenden Verbindung zu einem gemeinschaftlichen Zwecke und die Kirchen- und Pfarrdienste oder Pfarrlasten und Anlagen fließen aus der Parochial-Societät und sind ein Annexum derselben. So lange also Jemand ein Mitglied einer Gemeinde, einer

---

munitatem praetendit, ex praescriptione velit se juvare, quid, inquam, debet probare? Huic quatuor esse probanda, respondit Alex. in consil. II 130 Nr. 19, 20; ex his primum illud est, ut probet, se fuisse requisitum ut solveret: deinde se contradixisse requisitioni; tertio debet probare, bonam adesse fidem in praescribente; quarto probanda est scientia et patientia communitatis, contra quam allegatur praescriptio ista...

Sed in hac re posset quis a nobis sciscitari, quantum temporis satis sit ad hanc immunitatem praescribendam. Respondeo ego, immunitatem a muneribus publicis praescribi quadraginta annis, ut statuit Imp. Anastasius in l. ult. C. de fund. patrim.; sic observavere Bart. Ang. Castr. et alii, ita etiam respondit Bald. quibus accedit Alex. in d. cons. 30 N. 12 l. 5, ubi cautum reliquit, quod, cum quadraginta sunt elapsi anni, per quos quis fuit immunis ab impositionibus collectarum generaliter factis, amplius non possit collectari, sed istiusmodi sit tutus...

Digitized by Google

Parochie ist, bleibt seine Verpflichtung fortwährend dieselbe, und sie erneuert sich mit jedem wiederkehrenden Falle, wo Dienste oder Anlagen erforderlich sind, wenngleich jede einzelne Dienstleistung oder ein einzelner Beitrag, wozu Jemand nicht aufgefordert ist, in gewöhnlicher Zeit verjährt. Danz, Handb. des deutschen Privatr. § 502. Böhmer, Rechtsfälle I Nr. 46. Es scheint daher, daß sich kein Pfarr- oder Gemeindemitglied wider die, Alle treffende Obliegenheit anders in den Besitz der Freiheit setzen kann, als durch seinen Widerspruch und der Uebrigen Acquiescenz seit 30 bis 40 Jahren. Wernher, Observ. I. 274. Thibaut, Besitz und Verjähr. § 60. Indessen behaupten doch mehrere Rechtsgelehrte (vergl. Hofacker, Princip. jur. civ. § 871; Mueller ad Leyser Obs. 449 u. 601), daß schon dadurch eine Befreiung von dergleichen Diensten und Anlagen durch Verjährung erworben werden könne, wenn sich in einem Zeitraume von 30 bis 40 Jahren mehrere Fälle ereignet haben, wo die Reihe der Dienste herumgekommen ist, oder die Geldbeiträge erlegt sind und man dennoch während solcher Zeit sie weder gefordert noch geleistet oder entrichtet hat. In einer solchen Nichtforderung und Nichtleistung liegt allerdings, wenn auch keine Verjährung, doch ein rechtliches Herkommen oder eine Agnition der Immunität auf Seiten der übrigen Gemeinde- oder Kirchen- und Pfarrmitglieder.

Hagemann, pract. Erört. V Nr. 49.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom Jahre 1849: Die Freiheit von der Beitragspflicht zu Kirchenbaulasten kann durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, indem durch den unvordenklichen Besitz, bis zum Beweise des Gegentheils, die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß jene Freiheit sich auf einen genügenden Titel stütze. Für den Beweis des unvordenklichen Freiheitsbesitzes ist es hinreichend, wenn binnen unvordenklicher Zeit auch nur ein Fall nachgewiesen wird, in welchem der Verpflichtete zu der Kirchenbaulast zu contribuiren verbunden war, hierzu aber weder aufgefordert worden ist, noch einen Beitrag geleistet hat. Denn es kommt bei dem unvordenklichen Besitze nur darauf an, daß eine Veranlassung eingetreten sei, die Berechtigung auf Leistung von Beiträgen gegen die Verpflichteten geltend zu machen.

Seuffert, Archiv V Nr. 55.

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 16. September 1824: Berufen sich die Eingepfarrten auf eine durch ordentliche Verjährung erworbene Befreiung von den von ihnen verweigerten Parochialdiensten und Geldbeiträgen, so stehet der Beweis dieser Verjährung durch den alleinigen Beweis, daß sie zu den geklagten Prästationen in vorgekommenen Fällen nicht zugezogen worden, keineswegs zu erbringen, indem die Beklagten, welchen die Verbindlichkeit zu den geklagten Beiträgen und Diensten den Rechten nach obliegt, dadurch allein, daß sie bisher die Beiträge nicht entrichtet und die Dienste nicht geleistet haben, wenn diese Entrichtung und Leistung nicht von ihnen gefordert wurde, in den Besitz der Befreiung davon nicht gekommen sind. Es lastete auf ihnen nichtsdestoweniger die Verbindlichkeit dazu, wenn sie gleich zu ihrer Verbind-

Digitized by Google

lichkeit nicht angehalten worden sind und ihre Pflicht nicht erfüllt haben. Nur dadurch haben sie den Besitz der Befreiung erlangen und dieselbe durch die Verjährung erwerben können, wenn sie zu den fraglichen Dienstleistungen aufgefordert, sie aber widersprochen und die Freiheit behauptet haben, und seitdem die erforderliche Verjährungszeit abgelaufen ist (praescriptio qualificata). Es ist ein bekanntes Rechtsprincip: operae non debentur, nisi indictae.

arg. II. F. 37 § 1.

Es hat also der Berechtigte die freie Befugniß, dieselben von dem Verpflichteten zu verlangen, oder dieselben mit der Anforderung zu verschonen. Eben dieses gilt von dem Ansinnen der geklagten Geldbeiträge. Weil hier die Ausübung des Rechtes eine res merae facultatis ist, so hat auch nur die praescriptio qualificata dabei statt. — Es versteht sich dabei von selbst, daß wenn solcher Verklagten mehrere sind, der Beweis der Befreiung für jeden einzelnen derselben erbracht werden muß, indem dieselben keine besondere Gemeinde für sich ausmachen, sondern jura singulorum in Frage sind, weßhalb einem die Verjährung zu Statten kommen kann, ohne daß dieselbe für einen andern bewiesen worden ist.

Gottschalk, Disceptationes forens. ed. II. Tom. II. p. 83 sequ.
Ravii, principia de praescriptione § 13. 85.
Ebendas. VIII Nr. 286.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom Jahre 1843: Zur rechtlichen Begründung der von einzelnen Gemeindegliedern in Anspruch genommenen Befreiung von der Verpflichtung zu gewissen Gemeindelasten (z. B. Parochiallasten, Straßenbaudiensten) den gesetzmäßigen Antheil zu tragen, reicht es nicht hin, daß solche, wenngleich über rechtsverjährte Zeit, diesen Theil der Lasten gar nicht, oder nicht vollständig getragen haben, sondern es wird vielmehr zur Erwerbung einer dergleichen Befreiung durch Verjährung erfordert, daß von den zur Tragung obiger Beiträge mitverbundenen Gliedern der Gemeinde die Erfüllung dieser Verbindlichkeit einstmal verlangt, dieselbe jedoch verweigert worden sei, und die Gegner hierbei rechtsverjährte Zeit hindurch sich beruhigt haben.

Kind, Quaest. for. ed. II Tom. 2 cap. 48; Gottschalk, Discept. for. ed. 2 Tom. 2 cap. 8.
Ebendas. II Nr. 132.

Vergl. auch die Motive des Plenarbeschlusses des Ober-Tribunals zu Berlin vom 20. März 1846 (Entsch. B. 13 S. 42 f.). [1])

3. Ueber die Unanwendbarkeit der §§ 656—659 d. T. auf den Fall der gegen den Rechtsnachfolger des Fiscus in Anspruch genom-

1) Dieser Plenarbeschluß hat für das Preußische Recht den Rechtssatz festgestellt: „Die fünfzigjährige Präscription öffentlicher Lasten und Abgaben hat nur Beziehung auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, nicht aber auf Gemeindelasten, namentlich nicht auf solche, wie sie der § 37 Tit. 7 Th. II. A. L. R. aufzählt." Präj. Nr. 1716.

Digitized by Google

meinen Befreiung von der Zahlung des tarifmäßigen Fähr- und Brückengeldes spricht sich ein Erkenntniß unseres Ober-Tribunals vom 26. September 1854 (in Sachen Joh. Schulten und Genossen wider die Witwe Luschen und deren Kinder (S. 922) dahin aus:

Der Appellationsrichter sagt:

Die Kläger sprechen von einem negativen Rechte, nur die Hälfte des tarifmäßigen Fährgeldes zu bezahlen. Diese Idee ist aber den Rechtsprinzipien zuwiderlaufend.

Von einem positiven Rechte kann auf Seiten des Verpflichteten nie die Rede sein, sondern nur die Existenz eines Rechtes auf Seiten des Berechtigten und der Umfang desselben in Frage kommen. Nun wird aber vollends die Situation der Kläger als ein negatives Recht im Sinne des § 81 Tit. 7 Th. I des A. L. R.[1]) bezeichnet. Was Kläger in Anspruch nehmen, ist freilich etwas Negatives, dem Rechte der Verklagten Entgegenstehendes, aber darum kein negatives Recht im juristischen Sinne. Unbestritten haben die Verklagte und deren Kinder ein ihnen vom Fiscus vererbpachtetes Recht auf Erhebung eines Fährgeldes von den die Emster Brücke Passirenden. Die Kläger wollen nur dieser Berechtigung in einem geringeren Maße unterworfen, sie wollen theilweise davon befreit sein. Während also den Verklagten ein affirmatives Recht zusteht, wollen die Kläger sich theilweise diesem Rechte entziehen. Diese Exnexuation nennen sie ein negatives Recht und wollen sie durch Verjährung erworben haben. Von einem negativen Rechte, welches ein facere des Berechtigten und ein pati des Verpflichteten voraussetzt, kann aber durchaus nicht die Rede sein, da Kläger nicht etwas zu thun, sondern etwas nicht zu thun berechtigt sein wollen. Einen, einem affirmativen Recht entgegenstehenden Rechtszustand kann man überhaupt nicht ein Recht nennen. Grävell, Besitz (zu § 82 a. a. O.) wollte einen solchen Rechtszustand mit dem viel angegriffenen Ausdrucke „Versagungsrecht" bezeichnen. Es ist hier vielmehr nur an eine Befreiung des Verpflichteten von dem der Verpflichtung gegenüberstehenden Rechte zu denken, und nur diese Befreiung kann durch Verjährung begründet werden, und zwar entweder durch eine einfache praescriptio extinctiva, oder in gewissen Fällen, wo das Gesetz solches erfordert, durch eine usucapio libertatis. Diese letztere wird durch eine ausdrückliche Verweigerung der Leistung trotz vorgängiger Aufforderung begründet und ist insbesondere zur Befreiung von öffentlichen Abgaben und Regal-Gefällen erforderlich. A. L. R. II 14 § 5, 38; I 9, § 656. Eine solche usucapio libertatis von 50 Jahren hätte aber im vorliegenden Falle stattfinden müssen, da dem Fiscus als dem Erbverpächter der Fährgerechtigkeit, das Eigenthum derselben bis zur Allodification der Erbpacht durch den § 35 des Ges. vom 21. April 1825 zugestanden hat und seitdem bis zur Anstellung der Klage gegen die Verklagten als Nachfolger

1) „Wer eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, der erlangt den Besitz des Rechtes, von dem Andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leide (Negatives Recht)."

Digitized by Google

des Fiscus eine 30jährige erlöschende Verjährung um so weniger vollende sein kann, als Verklagte schon eine Zeitlang vor Anstellung der Klag von den Klägern wieder volle Sätze erhoben haben.

Nach der Behauptung der Imploranten hat der Appellationsrichter das Wesen des von den Klägern beanspruchten Rechts verkannt und gegen § 81 Tit. 7 Th. I, § 51 Tit. 15, §§ 5 und 35 Tit. 14 Th. II und §§ 629, 632, 634, 656 f. Tit. 9 Th. I A. L. R. verstoßen.

Wie weit diese Vorwürfe begründet sind, wird sich aus Folgenden ergeben.

Die Fährgerechtigkeit des Staates als Erbverpächters resp. der Verklagten als Erbpächter ist unbestritten. Sie besteht in dem Rechte Fähren und Prahmen zur Ueberfetzung für Geld zu halten — § 51 Tit. 15 Th. II A. L. R. — und dagegen kämpfen die Kläger nicht an. Sie wollen durch Verjährung kein, diesem Regale entgegenstehendes Recht erworben haben. Sie bestreiten auch nicht die Befugniß des Fiscus, die Höhe des Fähr- und Brückengeldes im Allgemeinen zu bestimmen, noch beanspruchen sie das Recht, für ein bestimmtes Brückengeld die Brücke zu benutzen; sie verlangen vielmehr nur, eine geringere Quote des allgemein festgesetzten Tarifs erlegen zu dürfen und wollen dieses Recht durch Verjährung erworben haben. Hiernach handelt es sich zunächst nicht um die Verjährung des Regals, und der § 35 Tit. 14 Th. II resp. die dort bezogenen §§ 629 f. Tit. 9 Th. I finden keine Anwendung. Im Streite ist der Anspruch der Kläger, von der Hälfte des tarifmäßigen Fähr- und Brückengeldes befreit zu sein und es fragt sich:

ob die von den Klägern behauptete Befreiung durch Verjährung nach den Grundsätzen der §§ 656—659 Tit. 9 Th. I A. L. R. zu beurtheilen ist.

Dies muß verneint werden, da die 50jährige Präscription öffentlicher Lasten und Abgaben, wie in den Gründen zu dem Plenarbeschlusse vom 20. März 1846 (Entscheid. B. 13 S. 42 f.) dargethan ist, eine Beziehung auf solche hat, welche an den Staat entrichtet werden müssen, die Erbpachtsgerechtigkeit aber das volle Eigenthum des Erbpächters ist und die Befugniß des Erbpächters, Fährgeld zu erheben, unzweifelhaft zu seinem Nutzungsrechte gehört. Er erhebt das Fährgeld somit aus eigenem Rechte, wenn auch der Staat sein Auctor ist und den Tarif vorschreibt (§§ 90, 91 Tit. 15 Th. II A. L. R.) und es gehört weder zu den öffentlichen Abgaben im Sinne der §§ 656—659 Tit. 9 Th. I, noch kann der Kläger die Vorrechte des Fiscus bezüglich der Verjährung geltend machen § 636 a. a. O.

Der Appellationsrichter hat mithin bei Anwendung der §§ 656 bis 659 a. a. O. rechtsgrundsätzlich gefehlt und die Nichtigkeitsbeschwerde ist insofern begründet.

4. Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch kennt keine durch Ersitzung oder Verjährung zu erlangende Steuerfreiheit. Dasselbe bestimmt:

Digitized by Google

§ 1455. „... Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind, sind kein Gegenstand der Ersitzung."

§ 1456. „Aus diesem Grunde können weder die dem Staatsoberhaupte als solchem allein zukommenden Rechte, z. B. das Recht Zölle anzulegen, Münzen zu prägen, Steuern auszuschreiben, und andere Hoheitsrechte (Regalien) durch Ersitzung erworben, noch die diesen Rechten entsprechenden Schuldigkeiten verjährt werden." [1])

Auch in den übrigen neueren Gesetzgebungen, wiewohl darin ebenfalls die s. g. Immemorialpräscription nicht aufgenommen ist, [2]) finden sich keine unserem Landrechte entsprechende Bestimmungen über die Ersitzung der Abgabenfreiheit.

---

§§ 660—662.

Diese Vorschriften leiden an einer Unbestimmtheit und Unklarheit, die auch durch die Veröffentlichung der Gesetzgebungs-Arbeiten nicht völlig gehoben ist.

v. Tevenar bemerkte zum ersten Entwurfe (28): [3])

Es kann hier noch folgende nützliche Regel angebracht werden:
Wenn das Recht an einer Sache durch Rechtshandlungen, Verträge oder Gesetze bestimmt worden, diejenigen aber, welche diese Rechte ausüben,

---

1) Unger, System des österr. allgem. Privatrechts I S. 566 u. Note 46 sagt: Ein Theil der Reallasten ist publicistischer Natur und gehört daher gar nicht in das Gebiet des Privatrechts, so die Grundsteuern, manche Communallasten, die Deich- und Siellast. Es sind dies publicistische Verhältnisse, welche im öffentlichen Recht begründet sind und daher von den privatrechtlichen Reallasten scharf getrennt werden müssen; so kann z. B. bei Steuern von einem Besitz auf Seiten des Staates ebensowenig die Rede sein, als von einer quasi possessio libertatis auf Seiten des Steuerpflichtigen.

2) In den Motiven zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen wird in dieser Beziehung S. 725 bemerkt:

Die Immemorialverjährung hat man unter den Erwerbungsarten nicht mit aufgeführt. Dieselbe konnte als Surrogat für die ordentliche Ersitzung in Fällen, wo eine solche wegen Fehlerhaftigkeit oder Unredlichkeit des Besitzes ausgeschlossen ist, um so weniger anerkannt werden, als sie schon bisher diese Funktion nicht gehabt hatte. Verhältnisse, in welchen sie früher vorkam, z. B. städtischer Bierzwang, Regalität der Jagd, existiren nicht mehr, und es hat die Immemorialverjährung schon jetzt aufgehört, ein privatrechtliches Institut zu sein. Und soviel die sogenannte vetustas bei Wasserstreitigkeiten betrifft, so ist dieselbe in der Praxis nie als eine besondere Art der Immemorialverjährung, sondern als eine gewöhnliche Servitutenverjährung behandelt worden; es lag daher auch von dieser Seite her keine Veranlassung vor, auf die Immemorialverjährung Rücksicht zu nehmen; soweit dieselbe im öffentlichen Rechte gilt, wird hierdurch selbstverständlich nichts geändert.

3) „Gegen rechtskräftige Urtheile findet die Verjährung der Regel nach nicht statt."

Digitized by Google

die Grenzen dieses Rechts nicht genau beobachtet haben, so kann aus dieser Unaufmerksamkeit nicht gleich eine Verjährung hergeleitet, sondern die Grenzen des Rechts müssen genauer bestimmt werden. Wenn daher durch ein Dienstreglement festgesetzt worden, daß die Dienstpflichtigen das Getreide, jedoch des Jahrs nur acht Tage, verfahren sollen, letztere aber auch einige Tage mehr sich zu Getreidefuhren gebrauchen lassen, so kann dieserhalb nicht wegen eines vieljährigen Besitzes ein schwererer Dienst als das Dienstreglement bestimmt, gefordert werden; es sei denn, daß aus andern Umständen zu schließen, daß mit der vorigen Regel eine Veränderung vorgegangen sei. Welche Beschaffenheit es auch mit der bestimmten Grenze der Aecker, Wiesen und Hütungen hat, die durch bloße Ueberschreitungen und Verrückungen dieser Grenzen keine Aenderungen leidet, weungleich solches seit rechtsverjährter Zeit geschehen ist, die eigentliche Grenze aber mit Gewißheit nachgewiesen werden kann.

Suarez sprach sich über diese Bemerkung dahin aus:

Soweit ich diesen Zusatz verstehe, handelt solcher von der praescriptione contra jus, und würde sich solcher ungefähr auf folgenden Satz reduciren lassen:

Wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze oder Verträge klar bestimmt sind, so kann die Befugniß, diese Grenzen zu überschreiten, durch Verjährung nicht erlangt werden.

Der Satz gehört also zu der Lehre de praescriptione acquisitiva. An sich, glaube ich, daß solcher Beifall verdiene, ob er gleich in gewisser Art neu ist.

Wenn aber Herr v. Tevenar diesen Satz dahin einschränkt:

es sei denn, daß aus andern Umständen zu schließen, daß mit der vorigen Regel eine Veränderung vorgegangen,

so muß der schwankende Ausdruck „aus andern Umständen" näher bestimmt werden. Ich finde keine andere Bestimmung, als die ex praescriptione immemoriali; nämlich:

wenn kein Zeitpunkt, wo die Abweichung von der Regel, oder die Ueberschreitung der Grenzen ihren Anfang genommen, mehr ausgemittelt werden kann.

Denn alsdann ist zu vermuthen, daß das vorige pactum, oder die gesetzliche Bestimmung, per pactum in contrarium abgeändert worden.

Hierauf wurde concludirt:

1. Contradictio et acquiescentia,
2. 50 Jahr.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 469, 470.

In Folge dessen ist in den gedruckten Entwurf die Bestimmung aufgenommen:

§ 515. „Wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze oder Verträge klar bestimmt sind, so kann die Befugniß die Grenzen zu überschreiten, nur durch eine fünfzigjährige Präscription erlangt werden."

Digitized by Google

Suarez monirte dazu:

Was in § 515 von Gesetzen und Verträgen gesagt ist, muß auch von judicatis gelten.

Daß bei dieser praescriptione 50 annorum weder titulus noch bona fides erfordert werden, versteht sich von selbst.

Ebendas. S. 558.

So sind unsere §§ 660—663, die sich schon im umgearbeiteten Entwurfe befinden, entstanden.

Die dadurch neu geschaffene, der Immunitäts-Ersitzung an die Seite gestellte Verjährungsart ist mehr der theoretischen Speculation als den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprungen. Unsere Rechtspraxis hat sich deshalb auch nur selten mit ihnen zu befassen.

Anzuführen ist nur das Präjudiz des Ober-Tribunals vom 5. October 1840, Nr. 921:

Die Befugniß, die durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen einer Sache oder eines Rechts zu überschreiten, kann

a. sowohl bei negativen, als affirmativen Rechten,

b. mag der Umfang nach den physischen Grenzen bestimmt sein oder nicht,

nur durch die fünfzigjährige Verjährung erworben werden.[1]) Diese ist mithin auch dann erforderlich, wenn ein durch Vertrag auf Lieferung einer

---

1) Vergl.

I. Bielitz, praktischer Kommentar zum A. L. R. Bd. II. S. 361.: „Unter den Gränzen eines Rechts ist überhaupt die Art der Ausübung des Rechts zu verstehen (A. L. R. Th. I. Tit. 22 § 27). Es scheint daher vermöge des gegenwärtigen § eine Abweichung von der in Gesetzen, Verträgen und Erkenntnissen festgesetzten Modalität bei Ausübung eines Rechts nicht anders, als durch eine fünfzigjährige Verjährung erworben werden zu können."

II. Thöne, systematisches Handbuch des Preußischen Privatrechts Bd. I. Abth. 2 S. 553:

„Unter: Gränzen eines Rechts ist übrigens die Art der Ausübung desselben zu verstehen (vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 22 § 27), und so erklärt es sich, wenn eine ähnliche Anwendung, wie die gemeinrechtliche Praxis hier bei den jährlich wiederkehrenden Leistungen machte, im A. L. R. von der an die Stelle der Immemorial-Präscription getretenen fünfzigjährigen Verjährung gemacht wird (a. a. O. Th. II. Tit. 7 § 430), jedoch mit einer Einschränkung, die der Natur dieser Verjährung zuwider ist (ebend. § 431.)"

III. Simon und von Strampff, Studien zur Lehre von der Verjährung; Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts Bd. III. S. 685:

„Diese Vorschrift wird von Einigen auf Gränzen im engeren Sinne — auf geographische Gränzen — beschränkt, jedoch mit Unrecht. Unter Gränzen ist vielmehr alles zu verstehen, was den Umfang einer Sache oder eines Rechts bestimmt. So wird z. B. der § 660 Platz greifen, „„wenn durch ein Dienstreglement festgesetzt worden, daß die Dienstpflichtigen

Digitized by Google

bestimmten Holzart — z. B. auf Lieferung von Schirrholz — eingeschränktes Recht ohne Titel auf die Gewährung von andern Holzarten — z. B. von Bauholz — ausgedehnt werden soll.

Entscheid. B. 6 S. 273 f.

Ferner eine im Arnsb. N. Archiv B. 16 S. 79 f. mitgetheilte Entscheidung desselben Gerichtshofes:

Die Bestimmung der §§ 660, 663 Tit. 9 Th. I A. L. R. hindert den Erben des Contrahenten nicht, wenn er selbst nicht in bösem Glauben ist, die Verjährung gegen jene Bestimmungen der Gränzen einer Sache oder eines Rechts anzufangen.

Der Appellationsrichter nimmt dem entgegen an:

daß, sobald in einem Vertrage die Gränzen einer Sache klar bestimmt worden, nicht nur der ursprüngliche Contrahent selbst, sondern auch seine Erben und Universalsuccessoren dagegen niemals eine Verjährung anfangen können.

Es kann dahin gestellt bleiben:

ob der ursprüngliche Contrahent selbst gegen den klaren Inhalt eines von ihm abgeschlossenen Vertrages niemals eine Verjährung anfangen könne.

Jedenfalls ist es unrichtig, wenn der Appellationsrichter meint,

daß auch in einem solchen Falle selbst die Erben des Contrahenten die Verjährung nicht anfangen können.

Daraus, daß in einem durch den Erblasser abgeschlossenen Vertrage die Gränzen einer Sache deutlich und genau bestimmt sind, folgt nicht, daß die Erben sich nothwendig im bösen Glauben befinden müssen, wenn sie die im Vertrage bestimmten Gränzen überschreiten. Nur wenn sie der wirklichen Unredlichkeit überführt werden können, tritt der § 663 ein. Dies ergeben auch die §§ 614, 615 a. a. O.

---

§ 663. „Hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht.“ [1])

Göschel, Zerstreute Blätter II. S. 91 f.

„Auch nach gemeinem Recht wird angenommen, daß die Immemorialpräscription durch den Nachweis des bösen Glaubens ausgeschlossen werde.“ [2])

---

das Getreide, jedoch des Jahres nur acht Tage, verfahren sollen, dieselben aber fünfzig Jahre hindurch einige Tage mehr sich zu Getreidefuhren haben gebrauchen lassen.““

S. auch IV. Bornemann, systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. II S. 214 u. flgd.

1) „Was einmal Unrecht gewesen ist, bleibt Unrecht zu jeder Frist“ („Unrecht ward min Dag kin Recht“).

Dr. Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter. (Zürich 1858) Nr. 12.

2) Richtiger ist aber wohl die Ansicht, daß die Frage nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes sich mit dem Wesen der Unvordenklichkeit gar nicht verträgt.

Digitized by Google

Brunnemann, comm. in C. ad l. 1 de usuc. (7, 31) Nr. 11 squ. Et hoc etiam in immemoriali praescriptione locum habet, scilicet ut semper adsit bona fides; quamvis enim in immemoriali praescriptione praesumatur bona fides, si tamen mala fides probari possit, etiam immemorialis praescriptio irrita redditur.

Leyser, med. ad P. spec. 460 m. 4: Praescriptionem immemorialem definit Struvius in Synt. juris civ. Exerc. 43 § 23 „in qua nulla bona fides, nullus titulus, nulla rei qualitas attenditur, sed tantum rem vel jus esse neglectum tanto tempore, cujus initii memoria non extat.“ Facile adsentiam Struvio, si haec ejus mens est, eum, qui se praescriptione immemoriali tuetur, non opus habere, ut bonam fidem, quippe quae ex lapsu tanti temporis praesumitur. probet. Verum si Struvius hoc eo etiam extendere voluit, ut mala fides, etsi ea ab adversario probetur, tamen praescriptioni immemoriali non obstet, tunc me adversarium ejus profiteor. Nam et aequitas ei et cap. ult. X. de Praescr. obstat, et clarius adhuc l. 2 C. de Praescr. 30 v. 40 ann., in qua possessio ultra 40 annos continuata ei, qui initium possessionis suae locationem vel precarium fuisse novit, prodesse negatur..

Hellfeld, jurispr. for. § 1774... sequitur, ut acquisitio rei per tempus immemoriale possessae ex ipsa sana ratione habeatur legitima, si de ejus injustitia doceri nequeat.

§ 1776... Illa quoque documenta, quae injustum possessionis initium clare loquuntur, vim praescriptionis immem. destruere queunt.[1])

---

§ 664. Schon zu Kircheisen's Entwurf von der Verjährung findet sich die Bemerkung:

So sagt Unterholzner I § 148 a. E.:
daß der unvordenkliche Besitz sich nicht als ein redlicher kund zu geben braucht, liegt in der Natur der Sache. Zu einem redlichen Besitze gehört ein redlicher Anfang, dieser ist aber bei dem unvordenklichen Besitze ganz unbekannt. Ebenso wenig läßt es sich denken, daß der unvordenkliche Besitz sich in einen unredlichen verwandle, denn diese Verwandlung (mala fides superveniens) könnte doch nur darin bestehen, daß der Besitzer sich der Unrechtlichkeit seiner Erwerbung bewußt wird, was wiederum eine Bekanntschaft mit dem Anfange des Besitzes voraussetzen würde.

Vergl. v. Savigny, System IV S. 527. Thibaut, Besitz u. Verj. § 79 S. 187. Pfeiffer, pract. Ausführ. II S. 28—32. VII S. 197. Friedländer, die Lehre von der unvordenkl. Zeit S. 41, 42. Seuffert, Archiv VII Nr. 6.

1) Vergl. Mascardi de Probat. Vol. III concl. 1220 Nr. 54: Hoc tamen sublimitandum et intelligendum, ut cursus tanti temporis exoludat praesumtionem malae fidei, ubi vere non apparet de mala fide, et sic in mala fide praesumta; secus autem, quando mala fides vera probaretur et de ipsa aperte constaret: tunc enim et in tanto tempore requiritur bonae fidei allegatio et probatio... nam mala fides vera, quae probatur vel per instrumentum, vel per testes, seu per alias legitimas probationes, nunquam tollitur, nec purgatur ullo temporis cursu ...

Digitized by Google

.. Die Sachen, welche von der Verjährung ganz ausgenommen sind, müssen auch nicht per praescriptionem immemorialem verjährt werden, sonst entstehet eine höchst schädliche praescriptio contra legem prohibitivam.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 446.

Zum gedruckten Entwurfe bemerkte in dieser Hinsicht Suarez:

Die Frage, ob praescriptio immemoralis contra prohibitivam stattfinde? gehört in dem Sinne, wie die Monenten solche aufwerfen, nicht hierher. Sie ist einerlei mit der Frage, ob einem Verbotgesetze per non usum oder per observantiam in contrarium derogirt werden könne, und diese Frage ist im Titel von Gesetzen, von allen Observanzen contra legem schon entschieden. Soll hier etwas, um eine scheinbare Lücke zu vermeiden, gesagt werden, so kann es nur der Satz sein: daß gegen ausdrückliche Verbotgesetze keine Rechte durch Verjährung erworben werden können. Ebendas. S. 558.

In gleicher Weise spricht sich derselbe in seinem besonderen Promemoria, betreffend die Abschaffung der praescriptio immemorialis aus:

.... Die Fälle, in welchen die Dd. praescriptionem immemorialem erfordern, sind hauptsächlich folgende: ...

c. bei der Verjährung contra legem publicam prohibitivam ...

ad c. ist es wider alle Begriffe und Grundsätze, daß ein Unterthan im Staat sich der Beachtung eines Verbotsgesetzes, welches überhaupt noch bestehet und gilt, durch seinen langwierigen Ungehorsam sollte entziehen können. Es gibt sehr viele Rechtslehrer, welche die Anwendbarkeit der Verjährung in diesem Falle nicht zugeben; z. E. Coccejus, Lynker, Cramer. Bei dem Tribunal ist vor Kurzem in einer schlesischen Sache angenommen, daß gegen ein Landesgesetz, welches die Kaufesporteln bei unterthänigen fundis bestimmt, und deren Ueberschreitung ausdrücklich untersagt, auch praescriptio immemorialis nicht stattfinde. Ebendas. S. 598, 599.

Im gemeinen Rechte ist es streitig:

ob die unvordenkliche Zeit gegen Prohibitiv-Gesetze wirke.[1])

Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit (München 1835) S. 111, 112 spricht sich über diese Controverse dahin aus:

Diejenigen, welche jene Frage verneinen, berufen sich besonders auf die mala fides des Präscribenten; wie sollten Handlungen gegen ein Gesetz, die schon an sich unerlaubt und strafwürdig wären, Grund eines Erwerbes sein können; wie sollte hier die Zeit eine Aenderung hervorzubringen im Stande seyn, da doch eine allgemeine Regel lehre, daß dasjenige, was gleich von Anfang nichtig sey, und dieses sey ja nothwendig bei

1) Vergl. Heimberg, de praescr. immem. contra legem prohibentem valenti.

Digitized by Google

einer Handlung gegen Gesetze der Fall, tractu temporis nicht konvalesciren könne!

Cocceii jus controv. lib. 1. tr. 3. qu. 14.

Die Gegner sagen: die Unvordenklichkeit sei eben instar privilegii und dieß stimme mit der Praxis überein, ein Gesetz werde auch tacita legislatoris voluntate abrogirt, consuetudinem imitari legem, u. s. w.; der Präscribent sey ja nicht in mala fide, denn wer eine Sache über Menschengedenken gehabt, müsse doch nothwendig glauben, daß seine Vorfahren die Sache juste et ex voluntate legislatoris acquirirt haben.

Leyser, spec. 461.

Wernher in seiner Abhandlung über Unvordenklichkeit entscheidet die Sache richtig dadurch, daß er sagt, der Regent könne von einem Prohibitivgesetz diesen oder jenen ausnehmen, wer also beweise, daß er unvordenkliche Zeit hindurch eine vom Gesetz untersagte Handlung ausgeübt habe, von dem sey zu vermuthen, daß der Regent ihm diese Erlaubniß (privilegium) ertheilt habe. Wie weit nun diese Exemtion dem Regenten zusteht, ist eine andere Frage, und Hagemann

prakt. Erörter. Th. 6 n. 42

stellt daher seine Ansicht folgendermaßen: untersagt das Gesetz den Unterthanen gewisse Handlungen bei Strafe, oder ohne Strafbestimmung, in der Art, daß dabei die öffentliche Wohlfahrt, das allgemeine Beste interessirt ist, und daß selbst der Landesherr, wenn dasselbe vollständig erreicht werden solle, keiner Privatperson eine solche Handlung ausnahmsweise gestatten könne, so kann keine praescriptio immemorialis stattfinden:

Pufend. Observ. T. 2 obs. 1 § 25 ff.

ist dieß nicht der Fall, so kann man die praescr. immem. zugeben, wenn gleich aus der Nichtbefolgung des Prohibitivgesetzes mit dem Laufe der Zeit einige Nachtheile für das Ganze erwachsen könnten; dahin Forst- und Jagd-Gesetze! Nur der Landesherr könnte hier die praescr. immem. für die Zukunft entziehen, wenn daraus wirklich verderbliche und für das allgemeine Wohl schädliche Folgen entstehen sollten.

Eine solche Aufhebung der praescr. immem. und diese ist nur die Erklärung, wodurch ein bisher erwerbbares Recht zu einem unerwerbbaren wird, ist nun allerdings bei einem neuen Prohibitivgesetze zu vermuthen.

Aus der gemeinrechtlichen Praxis ist Folgendes anzuführen:

Nach einer Mittheilung in Wilh. v. Pufendorf's Observat. Nr. 25 hat das O. A. G. zu Celle in einem Erkenntnisse von 1830 die Immemorial-Verjährung gegen Prohibitivgesetze, die eine Strafbestimmung nicht enthalten, für wirksam erklärt. [1])

1) Vergl. Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 15. November 1837: Gegen das Pönalverbot der Ausübung der Hut und Weide in den Zuschlägen, als ein auf Rücksichten des öffentlichen Rechts beruhendes Prohibitivgesetz, ist auch eine unvordenkliche Verjährung nicht statthaft.

Seuffert, Archiv X Nr. 131.

Digitized by Google

In den sonstigen Mittheilungen aus der Praxis der Hannoversch Gerichte und insbesondere des höchsten Landesgerichts

vergl. Pufendorf, Observ. I. 149, 151. II. 1 § 25, 26.

Strube, rechtliche Bedenken I S. 332, 393 f.

Hagemann, prakt. Erört. VI Nr. 42 VII Nr. 98

findet sich darauf:

ob die betreffenden Prohibitivgesetze eine Strafandrohung enthalten, kein entscheidendes Gewicht gelegt. Die den mitgetheilten Erkenntniß zum Grunde liegenden rationes decidendi laufen vielmehr auf den

Pfeiffer's prakt. Ausführ. II S. 109

als maßgebend bezeichneten Gesichtspunkt hinaus. Hiernach kommt nämlich darauf an, ob durch die Uebertretung der betreffenden gesetzlichen Bestimmung nur Privatrechte beeinträchtigt werden oder ob das gesetzliche Verbot von der Beschaffenheit ist, daß es mit der Erreichung des Staatszweckes in einem unmittelbaren und wesentlichen Zusammenhange steht, so daß die Uebertretung desselben als ein die öffentliche Ordnung gefährdender Mißbrauch sich darstellen würde. Die unvordenkliche Verjährung soll im ersteren Falle zulässig, im letzteren ausgeschlossen sein

Seuffert, Archiv VII Nr. 146.

Das Ob. Trib. zu Stuttgart hat in einem Erkenntnisse vom 12. Mai 1855 ausgesprochen, daß, da der Art. 13 des Württemb. Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 „die Bestellung neuer Schafweidedienstbarkeiten verbiete, hierdurch jede Art der Erwerbung eines neuen derartigen Rechts, also auch die Ersitzung durch bestimmte Zeit, ausgeschlossen sei. Demnach müßte die klägerischer Seits behauptete Erwerbung des angesprochenen Rechts durch außerordentliche Ersitzung zur Zeit der Verkündigung des gedachten Gesetzes bereits vollendet gewesen sein.

Außer Zweifel ist, daß der Erwerb durch außerordentliche Ersitzung dann ausgeschlossen ist, wenn im Gesetz das fragliche Rechtsinstitut ganz aufgehoben, das Recht also aufgehört hat, Gegenstand des Privateigenthums zu sein; und ebenso wenn das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß ein gewisses Recht nicht durch Verjährung erworben werden könne.

Man wird aber wohl jene Ersitzung auch dann für unstatthaft erachten müssen, wenn ein Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohls die fernere Begründung eines gewissen Rechtes, ohne die bestehenden Rechte dieser Art selbst aufzuheben, verbietet.

Ebendas. B. XI S. 25 Note 1.

Wirkungen der Verjährung durch Besitz.

§ 665. 1. Die Wirkung der Ersitzung bei körperlichen Sachen besteht einfach in dem Eigenthumserwerbe. [1])

---

1) Suarez bemerkte zum ersten Entwurfe: Herr Scherer, v. Levenar und Lamprecht erinnern ... daß von den Wirkungen der Präscription nichts

Digitized by Google

Ulp. fragm. XIX, 8: Usucapione dominia adipiscimur — usucapio est dominii adeptio.

Modestin. l. 3 D. de usurp. (41, 3): Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

l. 8. pr. C. de praescr. 30 v. 40 ann. (7, 39): Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim et veteres, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. [1])

Donell. com. de jure civ. Lib. V cap. 29 § 2: .. Si de eo, qui usucepit, quaeritur, intelligemus, quodcunque aliis dominis juris est in re sua, hoc idem in re possessa juris esse ei, qui usucepit.

§ 4... Dicitur usucapio esse acquisitio dominii, nec quidquam amplius. Quantum enim juris haec acquisitio adjicit ei, qui usucepit, si prius apud alium fuit, tantum necesse est, alii adimat. Non enim idem jus duorum esse potest in solidum l. 5 § 15 commod. Quod autem acquisitio secum non trahit, id necesse est, et post usucapionem iis, ad quos prius pertinebat, salvum manere. Hinc de dominio rei, quod prius alienum fuit, judicari potest. Dominium adjicit possidenti usucapio. Sequitur igitur, ut qui prius dominus fuerat, usucapione esse desinat, dominio huius in alterum usucapione translato. Nam hoc quidem de dominio juris certi est, duos in solidum ejusdem rei dominos esse non posse. Et certe constat, eum, qui rem voluntate sua alienavit; desinere ejus rei dominum esse, ut nunc non sit magis dominus quam si ante nunquam fuisset. Ex quo intelligi debet, ne eum quidem esse, qui passus est usucapi, quoniam et usucapio alienatio est. [2])

Hofacker, princ. jur. civ. § 975: Impleta denique praescriptio dominium plenum ac perfectum tribuit possidenti excluso omni jure adversarii et extinctis ipso jure actionibus inde prodeuntibus...

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 258: Durch die Ersitzung wechselt die Sache ihren Eigenthümer, bleibt also in ihrem sonstigen rechtlichen Bestande unverändert die nämliche. Alle dinglichen Lasten und Rechte bleiben aufrecht. Das Eigenthum geht ipso jure und ex nunc über, ja selbst ohne Vorwirkung im Fittingschen Sinn, da alle Verfügungen des bisherigen Herrn gültig fortdauern. Denn jura in re aliena mindern das Eigenthum nicht. Also ist die Ersitzung gewissermaßen derivativ vom bisherigen Eigenthümer.

---

gesagt sei. Ich weiß aber nichts weiter zu sagen, als daß per praescriptionem acquisitivam die Sache oder das Recht erworben wird, und daß das Recht per praescriptionem extinctivam verloren geht.

Simon u. v. Strampff, Materialien S. 491, 492.

1) Vergl. Unterholzner II § 177.

2) Paul. l. 28 pr. D. de V. S. (50, 16): Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes...

Digitized by Google

2. Durch die Ersitzung bleiben die auf der Sache haftenden Lasten unberührt.

Papin. l. 44 § 5 D. de usurp. (41, 3): Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii congungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. [1])

Idem l. 1 § 2 D. de pignor, (20, 1): .... pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur...

Ulp. l. 17 § 2 D. de usufr. (7, 1): .. noxae deditio jure non perimit usumfructum, non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usumfructum contingit..

l. 7 C. de pign. et hyp. (8, 14): Usucapio pignoris conventionem non extinguit.

Donell. com. de jure civ. Lib. V cap. 29 § 5: .., Haec jura, quae dominii non sunt, nec esse possunt dominii in quoquam acquisitio non mutat. Ut ergo haec ante usucapionem in re aliena constiterunt, ut dominium prius ea non auferret, sed magis confirmaret: sic et post usucapionem in re aliena consistent, nec ea exstinguit usucapio, quae nihil nisi ejusdem dominii acquisitio est. Inde dictum, usucapionem non exstinguere conventionem pignoris, id est, pignus.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 24. März 1857: Der mit der Pfandklage belangte dritte Besitzer einer verpfändeten Wiese schützte die Einrede der erwerbenden Verjährung vor, indem er die Wiese im Sommer 1843 durch Tausch von dem Hauptschuldner (Verpfänder), mithin durch rechtmäßigen Titel erworben, und seither bis zur Anstellung der Klage (8. December 1853), also 10 Jahre lang in gutem Glauben besessen habe.

Diese Einrede wurde jedoch oberstrichterlich verworfen. Dieselbe kommt zwar, sagen die Entscheidungsgründe, dem dritten Besitzer gegen den Pfandgläubiger unter den gegebenen Voraussetzungen allerdings zu, kann aber in Beziehung auf das Pfandrecht oder die Pfandklage nicht als eine erwerbende, sondern muß als eine erlöschende Verjährung angesehen werden, weil es sich hierbei nicht davon handelt, ob eine Verjährung rücksichtlich des Eigenthums an der verpfändeten Sache, welches deren Inhaber auch mit der darauf fortdauernd haftenden Pfandlast durch usucapio erwerben kann, sondern davon, ob eine Verjährung hinsichtlich des Unterpfandes eingetreten, ob die von dem dritten Besitzer besessene Sache eine von jenem Pfandnexus befreite, ob das Pfandrecht durch Verjährung binnen 10 Jahren (longi temporis praescriptio) erloschen sey.

Fr. 5 § 1 de div. temp. praescr. (44, 3); const. 1, 2 si adv. cred. praesc. oppon. (7, 36).

---

1) Vergl. Unterholzner II 249. Dernburg, das Pfandrecht I S. 131.

Digitized by Google

Ebendeßhalb kann aber diese Verjährung für den dritten Besitzer gegenüber von dem Pfandgläubiger erst von da an zu laufen beginnen, wo die Pfandklage geboren und dem Pfandgläubiger die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, sein Pfandrecht dem dritten Besitzer gegenüber geltend zu machen; also erst von dem Zeitpunkte an, wo nicht bloß das Unterpfand bestellt, sondern auch die Hauptforderung fällig und darum klagbar geworden ist ꝛc.

Fr. 13 § 5 de pign. (20, 1.)

Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 11.

Dies ist auch im Preußischen Recht in Beziehung auf das Pfandrecht ausdrücklich ausgesprochen:

§ 249 Tit. 20 Th. I: „Wenn auch der Eigenthümer der Sache durch Verjährung geändert wird, so hat doch diese Veränderung auf das Pfandrecht des Pfandgläubigers keinen Einfluß.“

Diese Vorschrift beruht keineswegs auf der eigenthümlichen Natur des Pfandrechts, sondern lediglich auf seiner Eigenschaft als eines dinglichen Rechts, vermöge deren der Pfandgläubiger in der Lage ist, sein Recht gegen jeden Besitzer der Sache geltend zu machen. Vergl. §§ 1, 53, 492 a. a. O. Eben deshalb muß dasselbe rücksichtlich jedes andern an einer fremden Sache bestehenden, das Eigenthum beschränkenden oder belastenden Rechts gelten. Die Ersitzung des Eigenthums für sich allein stellt in Ansehung solcher Rechte keinen modus tollendi dar, weil sie ja nicht gegen die Person des Eigenthümers, sondern gegen die Sache gerichtet sind, also durch den Wechsel der Person ganz unberührt bleiben (§ 7 Tit. 19 a. a. O.).

Pfeiffer, vermischte Aufsätze aus dem Teutschen und Römischen Privatrechte (Marburg 1803) S. 328 f. bespricht folgenden hierher gehörigen Fall:

Es besitzt Jemand als Eigenthümer eine Wiese, auf der einem Andern eine Hudegerechtigkeit als Servitut eingeräumt ist. Zehn Jahre hindurch behütet Jener die durch Ankauf an ihn gekommene Wiese allein, ohne von der Servitut etwas zu wissen. Im elften Jahre will der Berechtigte sein Huderecht ausüben. Hier hat Jener offenbar durch den gehörig qualifizirten Besitz des unbeschränkten Eigenthums der Wiese auch deren Benutzung usucapirt und als eigen erworben. Dies gibt ihm ein gegründetes Widerspruchsrecht gegen die verspäteten Ansprüche des Andern. Er hat aber nicht weniger fundatam intentionem, wenn er denselben wegen seines zehnjährigen Nichtgebrauchs abweist; jene involvirt zugleich auch diesen und beide sind mit einander rechtlich vollendet.

Nur der letztere Gesichtspunkt, welcher mit der Ersitzung gar nichts zu thun hat — Erlöschung der Servitut durch Nichtgebrauch — kann hier entscheiden; dagegen ist der erstere völlig verfehlt. Der Wiesenbesitzer hat durch zehnjährigen rechtmäßigen Besitz das Eigenthum

Digitized by Google

an der Wiese erworben, damit aber kein der Hudeservitut entgegenstehendes, diese ausschließendes Recht. Bestand in Wirklichkeit eine solche Hudegerechtigkeit, so konnte sie nur durch die eigenen Handlungen oder Unterlassungen des Berechtigten verloren gehen; nicht aber läßt sich vom Standpunkte des Eigenthumsbesitzers aus in der usucapio rei zugleich eine usucapio libertatis erblicken, da beide nichts mit einander gemein haben. Der wenn auch noch so unbeschränkt ausgeübte Sachbesitz führt eben nicht weiter, als zum Eigenthum der Sache, also zur Zerstörung des bisherigen Eigenthums daran, nicht aber schon von selbst zur Aufhebung der das Eigenthum belastenden Rechte, in Ansehung deren vielmehr ein besonderer, ihrer Natur entsprechender Aufhebungsmodus eintreten muß.

3. Kann durch Ersitzung auch Miteigenthum erworben werden?

Diese Frage ist in einem Erkenntnisse unseres Ober-Tribunals vom 3. und 15. November 1853 aus folgenden Gründen verneint:

> Durch die fortgesetzte Ausübung gewisser Besitzhandlungen und Nutzungsrechte können dem Eigenthümer gegenüber allerdings entsprechende Rechte auf die Sache durch Verjährung erworben werden, welche die Rechte des Eigenthümers beschränken würden. Dergleichen Rechte sind aber kein Miteigenthum an der Sache, erscheinen vielmehr als Grundgerechtigkeiten. Das Miteigenthum, wie jeder ideelle Theil eines Rechts, ist kein zur Besitzergreifung (einem faktischen Akte) geeigneter Gegenstand, mithin auch nicht auf Grund eines vermeintlichen rechtsverjährten Besitzes geworden. Wenn der Appellationsrichter dies nicht anerkannte, so hat er gegen die Begriffe des vollen und beschränkten resp. Miteigenthums und die Verjährungsfähigkeit desselben gefehlt.
>
> Striethorst, Archiv B. 10 S. 293 f.

So weit es auf die Thatfrage ankommt, ob die im concreten Falle vorliegenden Besitzhandlungen sich als Ausübung des Miteigenthums, oder als Ausübung eines bloßen Dienstbarkeitsrechts darstellten, ist jene Entscheidung keiner Prüfung zu unterwerfen. Wohl aber muß der darin aufgestellten Rechtsansicht über die Unzulässigkeit der Ersitzung des Miteigenthums entgegengetreten werden. Diese Ansicht verstößt gegen die Grundsätze über Besitz und über Verjährbarkeit, wie sie sowohl nach gemeinem Rechte als nach unserem Landrechte gelten.

Im gemeinen Rechte wird es als selbstverständlich angesehen, daß durch Ersitzung auch ein gemeinschaftliches Eigenthum entstehen kann.

So sagt Unterholzner II § 181:

> Uebrigens kann die Eigenthumsverjährung natürlich auch ein gemeinschaftliches Eigenthum begründen, und umgekehrt ein gemeinsames Eigen-

Digitized by Google

thum in ein ausschließendes verwandeln; es kommt dabei nur darauf an, daß die erforderliche Beschaffenheit des Besitzes vorhanden ist. Gemeinschaftlicher Besitz wird z. B., wenn auch die übrigen rechtlichen Erfordernisse nicht fehlen, ein gemeinschaftliches Eigenthum erzeugen.

Es folgt dies in der That von selbst aus der Annahme eines Besitzes an intellektuellen Theilen einer Sache. [1])

Pompon. l 26 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest; sed et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia causa...

Unser Landrecht enthält nichts, was nur im Entferntesten auf eine Abweichung von diesen Grundsätzen hindeutet. Dasselbe erfordert, gleich dem römischen Recht, zur Besitznehmung:

„daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt worden" (§ 46 Tit. 7 Th. I).

stellt demnächst in Betreff der Ersitzung den allgemeinen Grundsatz auf:

„Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen Statt, wo Jemand eine Sache oder ein Recht... durch die in den Gesetzen bestimmte Frist ruhig und redlicher Weise besessen hat" (§ 579 Tit. 9).

und fügt weiterhin die Beschränkung bei:

„Doch erstreckt sich dieses Eigenthum niemals weiter, als der Besitz selbst gegangen ist" (§ 666 ebendas.).

Außerdem findet sich in dem Titel vom gemeinschaftlichen Eigenthume die allgemeine Vorschrift:

„Von den Titeln und Erwerbungsarten des Miteigenthums gilt in der Regel alles, was vom Eigenthume überhaupt verordnet ist" (§ 5 Tit. 17).

Es ist aber noch im Allgemeinen geltend zu machen, daß das Rechtsinstitut des Besitzes und der Verjährung im heutigen Recht eine viel größere Ausdehnung gewonnen hat, als es im römischen Recht der Fall war und daß daher eine solche, den Römern ganz fremde Beschränkung sich um so weniger nach unserem, auf eine Verallgemeinerung jener Institute hinstrebenden Rechte annehmen läßt. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der vom Ober-Tribunal aufgestellte Rechtssatz, wenn er richtig wäre, auch für den Fall gelten müßte,

1) Vergl. hierüber die Glossen zu §§ 46, 47 Tit. 7 Th. I A. L. R. in diesen „Beiträgen" IV S. 455 f.

Digitized by Google

wenn zwei Personen eine Sache, als eine ihnen gemeinschaftlich zugehörige, einem Dritten gegenüber in Anspruch nehmen und zum Erweise ihres von jedem der beiden Kläger zur ideellen Hälfte behaupteten Eigenthums sich auf die erwerbende Verjährung berufen. Im Wesentlichen liegt dieser Fall nicht anders, wie der oben mitgetheilte, wenn auch das Ober-Tribunal ihn schwerlich auf gleiche Weise entschieden haben würde. Denn in Beziehung auf die Frage: ob gemeinschaftliches Eigenthum durch Ersitzung erworben werden könne, bleibt es sich ganz gleich, ob die angeblichen Miteigenthümer in der Verfolgung ihres Rechts, einem Dritten gegenüber, gemeinschaftliche Sache machen, oder ob der Eine sein behauptetes ideelles Antheilsrecht gegen den andern Miteigenthümer, der die ganze Sache als Alleineigenthum in Anspruch nimmt, geltend macht, indem er den Beweis antritt:

> daß beide Parteien rechtsverjährte Zeit hindurch gemeinschaftlich Eigenthumshandlungen an der fraglichen Sache ausgeübt haben.

4. In Betreff der Wirkung der Ersitzung von Grundgerechtigkeiten ist auf die Abhandlung oben S. 206 f. zu verweisen.

---

§ 666.

1. Muelleriaddit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 43 th. 11 nota α. Est enim possessio vel quasi fundamentum usucapionis et praescriptionis, unde etiam tantum videtur et intelligitur esse in praescriptione, quantum invenitur possessum, et est possessio strictissimi juris, quae nusquam ultra et extra possessionis terminos extenditur.

Von besonderer Wichtigkeit ist der gedachte Grundsatz für die Ersitzung von Grundgerechtigkeiten. Es wird in dieser Hinsicht auf die Abhandlung oben S. 207 f. Bezug genommen.

2. Wenn der Umfang des ersessenen Rechts sich nach den ihm zum Grunde liegenden Besitze bestimmt, so kommt dieser Besitz natürlich nur insoweit in Betracht, als er der Verjährung zur Grundlage dienen kann, nämlich so weit er redlich ist.

> Marcian. l. 43 pr. D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Si quis fundum emerit, cujus particulam sciebat esse alienam, Julianus ait, si pro diviso sciat alienum esse, posse eum reliquas partes longa possessione capere, sed et si pro indiviso, licet ignoret, quis sit locus, aeque eum capere posse, quod sine ullius damno pars, quae putatur esse vendentis, per longam possessionem ad emtorem transit.

Digitized by Google

Javolen. l. 4 pr. D. pro emt. (41, 4): Emtor fundi partem ejus alienam esse non ignoraverat. Responsum est: nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum; quod ita verum esse existimo, si, quae pars aliena esset in eo fundo, emtor ignoraverat; quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse non dubito. § 1. Idem juris est, si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit; eam enim duntaxat non capiet, ceterarum partium non impedietur longa possessione capio.

Pompon. l. 6 § 1 eod.: Si ex decem servis, quos emerim, aliquos puto alienos, et qui sint, sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum.

---

§ 667.

1. Codex Fabrianus Lib. VII tit. VII def. 3.: Id vero distincte observandum erit, ut si sola quasi possessione nitatur ad diversorum jurium acquisitionem inducendam probandamve, nunquam plus praescriptum videatur, quam fuerat possessum, nisi appareat quasi possidendi ejus juris, quo actor usus probatur, causam fuisse generalem, quae alia quoque jura, de quibus nunc quaeritur, complecti potuerit..

Girtanner in von Gerber's und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Privatr. III (1859) S. 77, 78.

2. Kann eine Heerde als ein Ganzes usucapirt werden, oder sind in Ansehung jedes einzelnen Stückes die Voraussetzungen der Usucapion nachzuweisen?

Pomponius (l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3) spricht sich über diese Frage dahin aus:

De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio sed singularum animalium sicut possessio, ita ut usucapio. Nec si quid emtum immixtum fuerit gregi, augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis; sed singulae suam causam habebunt, ita ut si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

Diese Grundsätze müssen auch nach unserem Recht ihre Geltung finden, da der Ausdruck „Heerde" nichts als eine Collectivbenennung mehrerer miteinander in Verbindung gedachter Thiere ist und daher immer nur als eine Mehrheit für sich bestehender körperlicher Sachen erscheint, eine solche aber auf dem Rechtsgebiete niemals eine Einheit darstellt.

Auf eine entgegengesetzte Auffassung deutet allerdings die Bestimmung des § 32 Tit. 2 Th. I des Allg. Landrechts:

Digitized by Google

„Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden, zusammengenommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet."

eine Vorschrift, die auch fast wörtlich in das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch [1]) übergegangen ist.

In dieser Bestimmung kann jedoch mit Unger (System des österr. allgem. Privatr. I S. 475) „nichts anderes als ein wirkungsloser Nachklang der älteren Theorie, ein bedeutungsloser Rest der früheren Doctrin gesehen werden."

Der genannte Rechtslehrer führt in dieser Hinsicht aus (a. a. O. S. 475 — 478):

Es gibt einzelne von einander getrennte (körperliche) Sachen, welche als zusammengehörig betrachtet werden und in dieser Zusammengehörigkeit ein begriffliches Ganze ein Collectivganzes ausmachen, welches mit einem gemeinsamen Namen (Collectivnamen) bezeichnet wird. So z. B. bildet eine größere Anzahl von Schafen, Kühen, Ochsen eine Heerde, eine Anzahl von Büchern eine Bibliothek u. s. f. Dieses nur im Begriff existirende Ganze bleibt dasselbe wenn auch die einzelnen Theile wechseln, ja selbst wenn an die Stelle aller frühern Bestandtheile neue getreten sein sollten; so z. B. bleibt es eine Heerde, wenngleich an die Stelle der ursprünglich vorhandenen Schafe ganz andere getreten sein sollten. Ein solches Collectivum nennt man Sachgesammtheit (in engern Sinn), sachliches Begriffsganze, Gesammtsache (universitas rerum corporalium, universitas rerum im engern Sinn, universitas rerum distantium). Die Bildung dieses Collectivs geschieht zunächst nicht auf dem Rechtsgebiete; die Sachgesammtheiten bilden sich im gewöhnlichen Leben und es entsteht nun die Frage, welche Wirkung es auf dem Rechtsgebiet habe, wenn ein solches Collectivganze Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist. In dieser Hinsicht ist an dem Grundsatze streng festzuhalten, daß es stets die einzelnen körperlichen Sachen sind, welche den Gegenstand des Rechtsverhältnisses ausmachen, und daß nur in manchen Beziehungen deßhalb etwas besonderes gilt, weil diese einzelnen Sachen als in einem innern Zusammenhange stehend, aufgefaßt werden, in welchem sie jenes Collectivganze ausmachen, welches man die Sachgesammtheit nennt. Die Gesammtheit als solche ist niemals Gegenstand des Rechtsverhältnisses und es ist unrichtig sich dahin auszudrücken, daß die einzelnen Sachen ihre Wichtigkeit als solche verlieren

1) § 302. „Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet."

Digitized by Google

und im Begriff des Ganzen untergehen, daß die Einzelsachen nur als Theile des Ganzen in Betracht kommen, daß es mehr auf den Begriff als die darunter enthaltenen Stücke ankomme, und den Satz aufzustellen, daß bald die Gesammtheit, bald die einzelnen Sachen in den Vordergrund treten und in rechtlichen Betracht kommen, da es doch immer nur, die einzelnen Sachen sind auf welche es in juristischer Beziehung ankommt. Noch verkehrter ist die Annahme, daß die Sachgesammtheit eine unkörperliche Sache und als solche Gegenstand der Rechtsverhältnisse sei. Diese Annahme, welche schon in der ältern Literatur geherrscht und in dem bürgerlichen Gesetzbuch (§ 302) Aufnahme gefunden hat und sich hier aus der frühern unrichtigen Ansicht über körperliche und unkörperliche Sachen überhaupt erklärt, ist auch in der neuesten Zeit beibehalten worden, ja sie ist hier mit besonderer Vorliebe gepflegt worden. Man gefällt sich darin in der universitas rerum eine Parallele zur universitas personarum zu ziehen und wie von einem künstlichen ideellen Rechtssubjekt (einer juristischen Person) so von einem künstlichen ideellen Rechtsobjekt (einer juristischen fingirten Sache) zu sprechen, welches von den einzelnen Subjekten scharf geschieden werden müsse und welches den Gegenstand des Rechts ausmache. Allein gegen diese Annahme muß man sich sehr entschieden erklären: es gibt kein ideelles unkörperliches Object, welches Sache im technischen Sinn wäre und woran wie an dieser ein dingliches Recht stattfinden könnte. Bei allen Rechtsverhältnissen in denen es sich um eine Sachgesammtheit handelt sind es immer nur die einzelnen körperlichen Sachen, welche Object des Rechtsverhältnisses sind, niemals das Ganze als solches. (Dies wird hierauf in Ansehung der wichtigsten Rechtsverhältnisse gezeigt.)[1])

3. Im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden steht die Frage: Erwirbt der Usucapient einer Sache zugleich das Eigenthum

---

1) Vergl. auch Wächter, Handbuch des Württ. Privatrechts II S. 238 f.: Eine Sachgesammtheit als Solche, als etwas Ideelles, ist nicht Gegenstand des Besitzes; der Besitz ergreift bloß die einzelnen Sachen; jede einzelne Sache muß in den Besitz erworben werden, wenn an den unter der Gesammtheit enthaltenen Sachen Besitz stattfinden soll, und soll er sich auf neu hinzukommende Sachen erstrecken, so muß er auch an diesen besonders erworben werden.

Ebenso ist auch eine Sachgesammtheit als Solche nicht Gegenstand des Eigenthums (im eigentlichen Sinne); nur die einzelnen in der Gesammtheit enthaltenen (körperlichen) Sachen sind Gegenstand desselben. Das Ganze kann nicht als Solches ins Eigenthum erworben werden, sondern es muß die Erwerbung auf jede einzelne Sache sich besonders erstrecken...

Vergl. auch Gustav Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (Berlin 1860) S. 119 f.

Außerdem ist noch auf die treffliche Darstellung Dernburg's (das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts Bd. I Leipzig 1860 S. 452 f.) zu verweisen.

Digitized by Google

aller Pertinenzstücke derselben, ohne Rücksicht auf die Zeit, binnen welcher er die letzteren besessen hat?

Diese Frage ist, gleich der vorigen, zu verneinen. Denn der § 667 enthält keine Ausnahme von der im § 666 aufgestellten Regel:

daß sich das durch Verjährung erworbene Eigenthum niemals weiter erstreckt, als der Besitz selbst gegangen ist,

sondern eine bloße Anwendung des § 52 Tit. 7, worin bestimmt ist:

„Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen."

Auch der § 107 Tit. 2, welcher festsetzt:

„Mit der Hauptsache gehet das Recht auf die Pertinenzstücke, auch auf solche, die nur für einige Zeit von der Sache getrennt worden, auf den neuen Besitzer über."

steht nicht entgegen. Er bezieht sich nur auf die bei Uebertragung einer Sache vorhandenen Pertinenzstücke und entscheidet nichts über die Erwerbung der erst später zu der Sache hinzugekommenen. Diese Erwerbung muß für sich selbst beurtheilt und daher auch die Verjährungsfrage in Betreff eines solchen Pertinenzstückes nach den Besitzverhältnissen desselben besonders in Betracht gezogen werden.

Vergl. Julian. l. 7 § 1 D. pro emt. (41, 4): Si fundum Cornelianum pro emtore longa possessione capiam, et partem ex vicini fundo ei adjiciam, utrum eam quoque reliquo tempore pro emtore capiam, an integro statuto tempore? respondi: partes, quae emtioni fundi adjiciuntur propriam ac separatam conditionem habent. Et ideo possessionem quoque earum separatim nancisci oportere, et longam possessionem earum integro statuto tempore impleri. [1])

4. Eine weitere Frage ist:

Kann eine Erbschaft als solche durch Verjährung erworben werden?

Aeltere Rechtslehrer bejahen dies, ja schon Seneca erklärt die entgegengesetzte Ansicht der Juristen für eine bloße Spitzfindigkeit. [2])

---

1) Brunnemann, com. in P. ad l. 7 pro emt. Nr. 2 bemerkt dazu: In parte addita fundo nova praescriptione opus est, et sic accessorium non sequitur naturam rei principalis in hoc exemplo.

2) Seneca de beneficiis VI, 5: Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

Digitized by Google

So lehrt Rave, Principia doctr. de praesc. § 52.

> ... Quid juris, si heres totam hereditatem alienat ratione praescriptionis tam totius hereditatis, quam singularum rerum praescriptione indigentium... Disquiramus: si heres alienans putativus heres fuit, num is, in quem alienatum ab ipso est jus hereditarium, conditionem usucapiendi hanc universitatem juris, hereditatem scilicet accipiat? et puto accipere, quia bona fide (quod suppono) et justo titulo in possessionem rei alienae defertur. Nec aliquid interest, an heres alienans sciverit hereditatem sibi non deberi, an ignoravit, priori enim casu is; in quem alienatio fit, usucapionem ex sua persona tanquam possessor singularis incipit. Licet enim in universitatem juris succedat, tamen ipse pro successore universali habendus non est, quia titulo singulari adquisivit hereditatem; altero casu conditionem usucapiendi heredis alienantis adeo continuat, quippe qui, dum hereditatem bona fide adiit, ex putativo titulo delatae hereditatis, titulum pro suo pro se allegare potest et hinc in usucapionis conditione positus est.[1])

Auch die Verfasser unseres Landrechts scheinen der gleichen Ansicht gewesen zu sein. Denn in Kircheisen's Entwurf von der Verjährung war die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen:

> § 831. „Selbst Erbschaften können, unter Voraussetzung der obigen Erfordernisse, innerhalb des bestimmten Zeitraumes durch Verjährung erworben werden."[2])

eine Vorschrift, die sich allerdings in den späteren Entwürfen, aus denen unser Landrecht hervorgegangen ist, nicht wiederfindet.

Nach römischem Rechte ist es jedoch unzweifelhaft, daß es eine Ersitzung in Ansehung der Erbschaft als eines Ganzen nicht gibt, daß also aus diesem Grunde die hereditatis petitio nicht ausgeschlossen werden kann.[3])

> l. 7. C. de pet. her. (3, 31): Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat...
>
> l. 4 C. in quib. caus. cessat l. t. pr. (7,34): Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest, verum his qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto vel donato seu

1) Auch Branchu Obser. cap, 10 und Toullien Collect. diss. 16, 17 nehmen an, Jemand, der sich in gutem Glauben für den Erben hält, könne unter diesem Titel die ganze Erbschaft durch Verjährung erwerben. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 292.

2) Simon u. v. Strampff, Materialien S. 433.

3) Vergl. Arndt's in Weiske's Rechtslexicon V S. 233, 234.

Digitized by Google

alio titulo res, quae ex hereditate sunt, vel fuerunt possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio nocet.

Mit Recht bemerkt daher Gerſterding, Lehre vom Eigenthum S. 292:

Eine Erbſchaft als universitas juris kann man nicht uſucapiren, weil man ſie in complexu nicht beſitzt, und inſofern ſie aus Rechten beſteht, gar nicht. Nicht einmal eine universitas facti iſt Gegenſtand der Uſucapion. l. 30 § 2 D. de usurp. Daß wir dieſe Mehrheit von Sachen in Einen Begriff zuſammenfaſſen, dadurch wird keine neue Subſtanz hervorgebracht. Alſo nicht die ganze Erbſchaft, aber wohl einzelne dazu gehörige (körperliche) Sachen kann ein vermeintlicher Erbe durch Uſucapion erwerben.

Dieſen Grundſätzen gemäß iſt auch in einem Erkenntniſſe des Caſſationshofes zu Wolfenbüttel vom 5. December 1857 ausgeſprochen:

An einem Inbegriff von Sachen und Rechten, als an einem idealen Ganzen, findet ein Beſitz und eine auf dieſen gegründete Verjährung nicht ſtatt.

Matthiä, Controverſen-Lexicon Th. II Abth. 1, S. 205.

Sollte nicht nach Preußiſchem Rechte ganz das Gleiche anzunehmen ſein?

Eine beſtimmte poſitive Geſetzesvorſchrift[1]) ſteht allerdings nicht entgegen, wohl aber, wie oben gezeigt, die zur Zeit der Abfaſſung unſeres Landrechts geltende gemeinrechtliche Doctrin. Es fragt ſich daher nur:

ob dieſe Doctrin an einer ſolchen inneren Unhaltbarkeit leidet, daß ſie, wo nicht ein ausdrückliches Geſetz, doch die ratio legis wider ſich hat.

Und dies wird ſich in der That behaupten laſſen.

„Die Erbſchaft eines Verſtorbenen oder für todt Erklärten beſteht

---

1) Als eine ſolche wird der § 494 Tit. 9 Th. I wohl nicht anzuführen ſein. Denn wenn derſelbe beſtimmt:

„Erben, gegen welche nach erfolgter öffentlicher Vorladung ein Präcluſionsurtel ergangen iſt, werden zwar dadurch, ſo lange die Verjährungsfriſt noch nicht verfloſſen iſt, ihres Erbrechts ſelbſt noch nicht verluſtig"

ſo läßt ſich zwar hieraus argumento e contrario für den Fall des Ablaufes der Verjährungsfriſt die gänzliche Erlöſchung der hereditatis petitio, aber immer noch nicht der Uebergang des Erbrechts auf den Erbſchaftsbeſitzer folgern.

Digitized by Google

aus dem Inbegriffe aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten."

§ 350 Tit. 9 Th. I des Allg. Landrechts.

Es ist dies derselbe Begriff, den uns die römischen Juristen davon geben. [1])

Julian. l. 62 D. de R. J.: Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.

Pompon. l. 119 D. de V. S.: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio.

African. l. 208 eod.: Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.

Papin. l. 50 pr. D. de her. pet. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

Pompon. l. 37 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.

Ulp. l. 1 D. de bon. poss. (37, 1). Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt conjuncta.

Id. l. 3 pr. eod.: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

Der Begriff der Erbschaft als solcher ist daher ganz unabhängig von der Beschaffenheit ihrer einzelnen Bestandtheile; er ist ein Rechtsbegriff, der gar nicht in die äußere Erscheinung tritt und eben deshalb auch durch den Besitz der gesammten Erbschaftssachen nicht dargestellt wird.

Das Institut der erwerbenden Verjährung ist aber nur auf den Besitz gegründet und demzufolge auf solche Sachen und Rechte zu beschränken, die einen Besitz zulassen. Dazu gehört das Erbrecht als solches nicht. Seinem Wesen nach besteht dasselbe in dem dadurch vermittelten Eintritte in die Gesammtheit der an sich übertragbaren Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen, indem der Erbe die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt und gleichsam fortlebt und somit in das hinterlassene Vermögen als

1) Vergl. Huschke im Rhein. Museum VI. S. 271 — 275.

Digitized by Google

Repräsentant des Verstorbenen succedirt. [1]) Diese Nachfolge in das Vermögensganze einer Person ist an und für sich ein so wichtiger und von so erheblichen Folgen begleiteter Rechtsakt, daß er nur auf die vom Gesetze ausdrücklich angegebene Art und Weise vor sich gehen kann. Das Gesetz kennt aber in Beziehung auf Erbschaften nur zwei Erwerbungsarten, indem der § 367 a. a. O. vorschreibt:

> „Sobald der Erblasser verstorben oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers (Testament oder Erbvertrag), oder in deren Ermangelung, die Vorschriften der Gesetze dazu berufen."

Die bloße Besitznahme der Erbschaft kann daher, auch wenn der Ablauf des längsten Verjährungszeitraumes hinzutreten sollte, das Erbrecht selbst um so weniger schaffen, als im § 386 a. a. O. ausdrücklich bestimmt ist:

> daß der Berufene „das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, erlange, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf."

Diese Grundsätze werden auch in dem von Ravel. c. besprochenen Falle gelten müssen, wenn der Putativerbe die ganze Erbschaft (sein vermeintliches Erbschaftsrecht) verkauft und der redliche Käufer die Usucapionszeit hindurch in ungestörtem Besitze bleibt, da dieser Besitz sich immer nur auf die ihm allein unterliegenden einzelnen Erbschaftssachen wirksam zeigen kann.

Nicht anders aber liegt der Fall, wenn der wahre Erbe die Erbschaft auf eine nicht rechtsbeständige Weise verkauft und nach Ablauf der Usucapionszeit ihm gegenüber der Käufer die Rechte des Erben geltend macht. Denn so lange die hereditatis petitio des Erben noch unverjährt ist, ist auch dessen Erbrecht noch in voller Wirksamkeit geblieben. Der Usucapionsbesitz des Käufers kann immer nur die einzelnen Erbschaftssachen ergreifen und in Ansehung ihrer den Eigenthumserwerb für den Käufer herbeiführen.

---

§ 669. Dieser Paragraph verdankt seine Entstehung der Schlußbemerkung Suarez's zum gedruckten Entwurfe.

> Daß de pactis super praescriptione bei der praescriptione acquisitiva eben das gelte, was bei der exstinctiva, könnte mit ein Paar Worten beigefügt werden.
>
> Simon u. v. Strampff, Materialien S. 558.

---

1) Vergl. die Abhandlungen in diesen „Beiträgen" I S. 169 f. u. II. S. 385 f.

Digitized by Google

In der That ist aber dieser gedankenlos aufgenommenen Vorschrift alle Bedeutung abzusprechen. Denn wie läßt sich ein solcher Vertrag zwischen dem Usucapions-Besitzer und dem Eigenthümer auch nur als möglich annehmen? Soll dem Letzteren dadurch die Möglichkeit gegeben werden, durch Ausschließung der Usucapion oder durch Verlängerung ihrer Fristen sein Eigenthum vertragsweise zu sichern, oder umgekehrt dem Besitzer die Möglichkeit, durch contractliche Verkürzung der Fristen schneller zum Eigenthum zu gelangen, so fragt man, wie kann von der Ersitzung überhaupt noch die Rede sein, wenn der Besitzer sich seines Nichteigenthums bewußt ist? Soll aber ein Vertrag gemeint sein, wonach zwei Personen ohne alle Beziehung auf bestimmte Gegenstände die Ersitzung unter einander ausschließen oder deren gesetzliche Fristen verkürzen oder verlängern, so steht der § 567 d. T. entgegen, welcher „Verträge dieser Art, die nicht ein bestimmtes Geschäft, oder einen bestimmten Gegenstand betreffen, so weit sie etwas über die Verjährung bestimmen sollen," für wirkungslos erklärt.

Wir müssen hiernach darauf verzichten, irgend etwas zum Verständniß unseres Schlußparagraphen beizutragen.

Digitized by Google

Literatur.

4.

Die Reform des Notariats in den altpreußischen Provinzen von **A. v. Hagen**, Rechtsanwalt und Notar. Stendal 1863. Druck und Verlag von Franzen und Große.

Der Verfasser, der schon im Jahre 1846 mit seiner Schrift „die Reform der Advokatur in Deutschland und insbesondere in den altpreußischen Provinzen" einen anerkennenswerthen Beitrag für die Hebung des Anwaltstandes geliefert, gibt uns hier einen ähnlichen, die Hebung des Notariats bezweckenden Versuch. Er geht von dem durchaus richtigen Gesichtspunkte aus, der den meisten ähnlichen Vorschlägen zum Grunde liegt, insbesondere dem bekannten Vorschlage Martiny's in Kaukehmen, der in den Herzen der meisten Anwälte in seltener Weise gezündet und auch die Bildung des Preußischen Anwaltvereins ins Leben gerufen hat, von dem Gesichtspunkte nämlich, daß derjenige Stand, der nicht aus sich selbst heraus seine Hebung und Emancipation betreibt, einer solchen auch gar nicht werth ist.

Das Buch zerfällt in vier Abschnitte.

Der erste Abschnitt gibt zunächst eine Uebersicht über die Geschichte des Notariats:

A. Römisches Notariat — Entwicklung aus dem Tabellionat.

B. Italienisches Notariat unter gleichzeitiger Verfolgung der Spuren ähnlicher selbständiger Institute bei den germanischen Völkern (dahin gehörig: die cancellarii der Ripuarier). Dabei Nachweis der Ausdehnung des Rechts, Notare zu kreiren, der Entstehung der collegia notariorum, der ersten Notariatsstatuten, der Form der älteren Notariats-Urkunden ꝛc.

C. Das kirchliche Notariat (notarii ecclesiae, clerici notarii, scrinarii).

D. Das deutsche Notariat — mangelhafte Entwicklung neben der deutschen Rechtssitte, vor Gericht zu urkunden, Einführung des italienischen Notariats, Entwicklung unter den Kaisern (Notariats-Ordnung Maximilians I.) Verfall mit dem Verfall der kaiserlichen Macht, vereinzelte territoriale Entwicklung und Hebung des Notariats durch Hebung der Ansprüche an die Notariats-Candidaten.

E. Das französische Notariat — Einführung des italienischen Notariats, das bald das Urkunden der Gerichte verdrängt — Ludwig IX. trennt die jurisdiction contentieuse von der jurisdiction gracieuse und überläßt die Verwaltung der letztern den Notaren. Entwicklung des Notariats unter den Königen. Franz I. hat besondere Beamte, die den Akten das

Digitized by Google

Königliche Siegel beidrücken, Ludwig XIV. verleiht den Notaren selbst das Königliche Siegel — Festhalten des Charakters des Notars als juge ordinaire, welcher seinen Urkunden die Executivkraft erhält — Erlaß des Notariatsdecrets vom 25. Ventose des Jahres IX, Einführung der chambre de discipline — Einführung des französischen Notariats in Rheinhessen, Rheinbaiern, Rheinpreußen.

Hieran schließen sich dann Uebersichten

1) aller in Deutschland bestehenden Territorial-Notariats-Ordnungen,
2) der deutschen Staaten, in denen die Reichs-Notariats-Ordnung von 1512 noch gilt,
3) der deutschen Staaten, in denen gar kein Notariat existirt.

(Irrthümlich ist hier das Großherzogthum Hessen, wenigstens in seiner Totalität aufgeführt, da in der Provinz Rheinhessen, wie Seite 17 richtig bemerkt, das französische Notariat gilt.)

Der erste Abschnitt schließt dann mit einer Uebersicht der außerdeutschen Länder, in denen das Notariat besteht.

Der zweite Abschnitt gibt eine Skizze der Geschichte des Notariats in den altpreußischen Provinzen und weist an der Entwicklung derselben im Einzelnen den Kampf der Territorialität gegen die Kaisermacht nach. Zuerst verlangte man die besondere Reception der kaiserlichen Notarien in einzelnen Territorien und daran knüpfte sich dann die Ernennung von Notarien durch die Landesherren. Verschiedenen einzelnen Gesetzen folgt die Instruktion für die Notare in den preußischen Provinzen vom 11. Juli 1771, die im Wesentlichen in den 7. Titel III. Theils der Gerichts-Ordnung übergegangen ist, wobei es in der Hauptsache geblieben bis zum Gesetz vom 11. Juli 1845.

Der dritte Abschnitt, der einer allgemeinen Bezeichnung seines Inhalts ermangelt, gibt uns in 36 Paragraphen die Vorschläge zur Verbesserung des Notariats.

Nachdem die Stellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen erörtert und nachgewiesen ist, daß der wirkliche Grund, warum man den Gerichten die Aufnahme von Urkunden zugewiesen, ein finanzieller gewesen, zu dessen Verdunklung der Verfall des Notariats vorgeschützt sei, geht der Verfasser zur eigentlichen Würdigung der Stellung des Notariats und der Bedeutung der öffentlichen Urkunde über. Er knüpft hieran, was richtiger vielleicht im I. Abschnitt geschehen wäre, die Geschichte der Blüthe und des Verfalls des Notariats, hebt die Schritte der Gesetzgebung zur Hebung des Notariats hervor, weist nach, daß vom jetzigen Standpunkte bis zur Einräumung der vollen Kompetenz aller freiwilligen Gerichtsbarkeit an das Notariat nur noch ein Schritt fehle und kommt dann auf die zu erstrebenden Momente selbst. Als solche hebt er außer der eben erwähnten vollen Kompetenz der Notare und der damit in Verbindung stehenden Trennung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Richteramt und von der Advocatur noch die Bildung von Notariats-Kammern und die Entbindung der Notariats-Urkunden von dem Formenzwang hervor. Bei letzterem Punkte wird der Zopf des Zeugenzwanges, des Verbots des Zahlengebrauchs, der nutzlosen Versicherungen und manches andere sehr richtig gewürdigt, sodann aber die Vollstreck-

Digitized by Google

barkeit der Notariats-Urkunden als eine große Erleichterung des Verkehrs verlangt und unter den guten Gründen dafür unter andern der Notariats-Akt dem schiedsmännischen Vergleiche gegenüber gestellt. Einige fromme Wünsche für Ausdehnung der Befugnisse des Notariats auf Ausstellung von Lebenszeugnissen, Vornehmen von Versteigerungen im Auftrage der Gerichte, Berechtigung zur Einsicht der Hypothekenbücher, direkte Präsentation der Eingaben beim Ingrossator, Befreiung von jeder Regreßverbindlichkeit für defektirte Stempel seien hier nur nebenbei erwähnt.

Zum Schlusse dieses Abschnitts spricht der Verfasser sich für eine Beschränkung der der Beglaubigung bedürfenden Urkunden aus, indem sowohl der gegenwärtige Stand der Gesittung solche erheische, als auch ein Hebel zur Erweckung und Stärkung des Rechtsbewußtseins daraus erwachsen werde.

Als Anhang gibt uns der Verfasser im vierten Abschnitt den Text der Reichs-Notariats-Ordnung von 1512, den Text der Preußischen Notariats-Ordnungen vom 11. Juli 1771 und vom 11. Juli 1845 und den Text der Rheinischen Notariats-Ordnung vom 25. April 1828.

Das Werk gibt in warmer und beredter Sprache den gerechten Wünschen und Bedürfnissen der Notarien Ausdruck, weis't die seither hervorgetretenen Reformbestrebungen in lebendiger Weise als begründet nach und knüpft daran eigene Vorschläge, deren praktische und legislatorische Bedeutung nicht zu unterschätzen ist.

Dabei ist das Buch durchweg von einem solchen Geiste der Ehrenhaftigkeit durchweht, daß wir auch schon aus diesem Grunde seine Benutzung bei späteren Reformen des Notariats nicht lebhaft genug wünschen können.

W. Rauschenbusch, Rechts-Anwalt.

5.

Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland von **Richard Schröder**, Doctor der Rechte. Erster Theil. **Die Zeit der Volksrechte.** Stettin, Danzig, Elbing. Léon Saunier's Buchhandlung, 1863.

Dieses Buch — die weitere Ausführung einer von der Juristenfakultät zu Berlin gekrönten, im Jahre 1861 im Drucke erschienenen Preisschrift — hat die schwierige Aufgabe zu lösen: „auf dem Wege einer eingehenden historischen Betrachtung in die verworrenen und verwickelten Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten in Deutschland Licht und Klarheit zu bringen." Nach den drei Perioden, in welche naturgemäß die Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland zerfällt: die Zeit der Volksrechte, die Entwickelung in Deutschland bis zur Reception des römischen Rechts, die neueste Zeit, hat der Verfasser für seine Darstellung drei gesonderte Theile bestimmt.

Gegenwärtig liegt nur der erste Theil vor. Derselbe führt uns an der Hand der überall mit großer Sorgfalt angeführten Quellen durch die ge-

Digitized by Google

sammten deutschen Volksrechte hindurch bis zu dem, im Allgemeinen als Grenze festgehaltenen Jahre 850, und sucht, unter Hinweisung auf die in den Grundzügen herrschende merkwürdige Uebereinstimmung, ein vollständiges System des gemeinen deutschen ehelichen Güterrechts zur Zeit der Volksrechte aufzustellen, um dadurch die Grundlagen für die fernere Entwickelung, „den Ariadnefaden für das Labyrinth des spätern Mittelalters aufzufinden."

Nach einer Einleitung, die eine kurze Uebersicht über die allgemeine privatrechtliche Stellung der Weiber (Geschlechtsvormundschaft) gibt (§ 1) und zugleich von den für die ungesetzlichen Eingriffe in diese Stellung zu zahlenden Bußen (Muntbrüchen) handelt (§ 2) und am Schlusse den Fall der Konkurrenz verschiedener Rechte betrachtet (§ 3), stellt der Verfasser im ersten Buche die Bestandtheile des ehelichen Vermögens nach den verschiedenen Volksrechten dar, nämlich den Muntschatz (S. 24 — 83), die Morgengabe (S. 84 — 112) und die Aussteuer (S. 113 — 125) und im zweiten Buche die Schicksale des ehelichen Vermögens und zwar sowohl während der Ehe (S. 126 — 142), als nach Trennung derselben durch den Tod des Mannes (S. 143 — 166), den Tod der Frau (S. 167 — 174) und durch Ehescheidung (S. 174 — 176). Im Anhange sind einige interessante Urkunden aus dieser ersten Periode aufgenommen.

Das Buch bezeugt ebenso sehr die gründliche Quellenkenntniß seines Verfassers als auch dessen Umsicht in Behandlung der durchforschten Quellen. Möge derselbe den zweiten Theil, der uns die Darstellung der eigentlichen Grundlagen unseres deutschen ehelichen Güterrechts bringen soll, und deshalb mehr als ein bloß historisches Interesse verspricht, in nicht zu langer Frist nachfolgen lassen.

Dr. J. A. Gruchot.

6.

Kritik des Preußischen Gesetz-Entwurfes über die Verantwortlichkeit der Minister nebst einem Gegenentwurfe von Dr. **Richard Eduard John**, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Königsberg. (Aus der „Allgemeinen Deutschen Strafrechtszeitung, herausgegeben von Franz von Holtzendorff," Jahrgang 1863, Extra-Heft, besonders abgedruckt.) Leipzig, 1863. Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Diese, einen wunden Fleck unseres Verfassungslebens behandelnde Schrift fällt ein strenges, aber in allen seinen Punkten wohlmotivirtes Urtheil über den gedachten Gesetz-Entwurf. — Ausgehend von dem Unterschiede zwischen der strafrechtlichen und constitutionellen Verantwortlichkeit der Minister, stellt der Verf. schon die Eintheilung des Gesetz-Entwurfs (Erster Abschnitt: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Minister. Zweiter Abschnitt: Von dem Verfahren in den Häusern des Landtages bei Anklagen gegen die Minister. Dritter Abschnitt: Von dem Verfahren vor dem Obertribunale) als un-

Digitized by Google

logisch und incorrect, demnächst aber auch die ganze Anlage des ersten Abschnittes als verfehlt dar. Nach einer eingehenden Prüfung der einzelnen Bestimmungen gelangt er in Betreff des ersten Abschnittes zu dem Ergebnisse: „Bezüglich der Form ist der Gesetz-Entwurf incorrect; bezüglich des Inhalts ist der Gesetz-Entwurf unwirksam." — In Ansehung des zweiten und dritten Abschnittes, betreffend das Verfahren bei Anklagen gegen die Minister, stellt der Verfasser zunächst die allgemeinen, bei der Beurtheilung in Betracht kommenden Gesichtspunkte fest, und geht sodann noch auf einige Einzelheiten ein. Am Schlusse wird in Form eines Gegen-Entwurfes eine Zusammenstellung der Abänderungen gegeben, welchen nach den Ausführungen des Verfassers der Gesetz-Entwurf zu unterziehen sein würde.

Der Verfasser ist sich wohl bewußt, diese wichtige Angelegenheit durch seine Gegenvorschläge nicht zum Abschluß bringen zu können. Er will nur zur weiteren Prüfung anregen. Und diesen Zweck wird er sicher erreichen.

Dr. J. A. Gruchot.

Druck der Grote'schen Buchdruckerei (Griebsch & Müller) in Hamm.

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 6.

Das Dispositionsrecht des Fiduziar-Erben über den mit fideicommissarischer Substitution beschwerten Nachlaß.

Vom Kreisrichter Wienstein in Stettin.

Der Graf von E. hatte in seinem Testamente seine beiden Söhne zu Universalerben eingesetzt, und jedem derselben zunächst die eigene Descendenz, in deren Ermangelung aber den Bruder oder dessen Descendenz fideicommissarisch substituirt. Der Eine der Erben cedirte seine Antheile an mehreren zum Nachlasse gehörigen Hypothekforderungen an den Zweiten, und Letzterer sodann die ganzen Forderungen an dritte Personen, ohne daß die Substituten resp. deren Vertreter zugezogen worden. Für die Cessionare wurde die Umschreibung im Hypothekenbuche beantragt, jedoch von dem Kreisgerichte zu Stettin unter Anderm aus dem Grunde abgelehnt, weil keinem der Cedenten ein unbeschränktes Verfügungsrecht zugestanden habe, ein solches also auch auf Dritte nicht übertragen sein könne. — Das Königliche Appellationsgericht zu Stettin trat zwar dieser Entscheidung bei; indessen hat die Richtigkeit derselben Seitens der Betheiligten so lebhafte Anfechtung erfahren, und es lassen sich auch — was nicht verkannt wird — so erhebliche Bedenken dagegen vorbringen, daß eine eingehende Erörterung dieser dem Praktiker vielfach entgegentretenden, von der Theorie leider etwas vernachlässigten Frage — und zwar in der allgemeineren Fassung, wie sie die Ueberschrift zeigt — wohl gerechtfertigt erscheint. —

Indem ich vorweg bemerke, daß ich jene gerichtliche Verfügung für wohlbegründet halte, will ich

1) darzuthun versuchen, daß das dingliche Recht des Fiduziar-Erben an dem Nachlasse in der That ein beschränktes ist, und sodann
2) den Umfang dieser Beschränkung,
3) die Wirkungen der darüber hinausgehenden Verfügungen des Fiduziars, und endlich
4) die Stellung, welche der Hypothekrichter zu letzteren hat, in Betracht ziehen.

Digitized by Google

Uebrigens bildet nur das Universal-Fideicommiß den Gegenstand dieser Abhandlung; unter dem Ausdrucke „Substitut" ist daher, wenn kein anderes Beiwort hinzugefügt ist, stets der fideicommissarisch substituirte Erbe zu verstehen. —

I.

Eine Beschränkung des Fiduziars in der Verfügung über den Nachlaß kann selbstredend nur in der vom Testator angeordneten Substitution ihren Grund haben.

Unter Substitution im Allgemeinen versteht das Allg. Landrecht die Ernennung eines zweiten Erben, „welcher in den bestimmten Fällen an die Stelle des ersten treten soll" § 50 I, 12 A. L. R. Es unterscheidet sodann die gemeine Substitution („wenn der ersteingesetzte Erbe den zugedachten Vortheil nicht annehmen könnte oder wollte" §§ 51, 52 ibid.), und die fideicommissarische, welche nach § 53 ibid. vorhanden ist, wenn dem zuerst eingesetzten Erben die Pflicht auferlegt ist, die Erbschaft in den bestimmten Fällen oder unter den angegebenen Bedingungen einem Andern zu überliefern."

Diesem Hauptfalle der fideicommissarischen Substitution ist es gleichgestellt:

1) wenn Jemand nur von einer gewissen Zeit an, oder bis zu einer gewissen Zeit zum Erben eingesetzt ist, indem dort der Testaments-, hier der Intestaterbe für substituirt gilt (§§ 259, 260 h. t.);
2) wenn der Erbeseinsetzung eine Bedingung hinzugefügt ist, indem die suspensive den Testaments-, die resolutive den Intestaterben zum Substituten macht (§§ 480, 489 h. t.).

Ihrem Begriffe nach ist also die fideicommissarische Substitution die Berufung successiver Erben.

cf. auch Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 26 S. 18.

Darin liegt zweierlei:

a) Der Fiduziar ist wirklicher Erbe, d. h. Universalsuccessor des Erblassers (§ 4 h. t.). Dies ergiebt sich nicht nur aus der constanten Bezeichnung desselben als Erben (§§ 50, 53, 466—474 h. t.), sondern namentlich aus seiner Gleichstellung mit dem Intestaterben, — dem gewiß Niemand die Erbenqualität bestreiten wird —, im Falle einer betagten oder suspensiv bedingten Erbeseinsetzung.

Consequenzen dieses Satzes sind:

1) Der Fiduziar erwirbt mit dem Tode des Erblassers allerdings das Eigenthum der Erbschaft, als eines Inbegriffes (§§ 367, 368 I, 9 A. L. R., § 4 h. t.); jedoch nicht nothwendig unbeschränktes,

Digitized by Google

volles Eigenthum, was aus dem Begriffe des Erbrechts nicht folgt.

2) Ihm gebühren auch alle sonstigen Rechte eines wahren Erben, namentlich das Anwachsungsrecht.

3) Durch den Wegfall der Substitution wird sein Recht somit nicht qualitativ verändert, sondern nur von einer Beschränkung befreit. Dies müßten diejenigen, welche ihm auf Grund des § 466 h. t. nur ein Nießbrauchsrecht zugestehen, ihn also in der That bloß als Legatar betrachten, consequenterweise läugnen, also annehmen, daß solchenfalls etwaige Miterben, Kraft des Anwachsungsrechts, oder in deren Ermangelung gar die Intestaterben in das Eigenthum der dem Fiduziar zugewendeten Erbquote succedirten; was indeß meines Wissens bisher von Niemand behauptet ist.

cf. v. Kamptz Jahrbücher VI. S. 251 ff.
Bornemann System (2. Ausgabe) VI S. 104.
Koch, Privatrecht (1. Ausg.) II. S. 673.
Entscheid. des Ob.-Trib. Bd. 26 S. 15 ff.

b. Aber auch der Substitut ist nicht minder wahrer Erbe; denn das Landrecht nennt ihn nicht nur einen „nachgesetzten Erben" (§ 480 h. t.), „der in bestimmten Fällen an die Stelle des ersten Erben treten soll" (§ 50 h. t.), sondern stellt auch ihm den Intestaterben in dem Falle gleich, wenn der Testamentserbe nur bis zu einer bestimmten Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung ernannt ist.

Hieraus ergiebt sich, daß die Rechte des Fiduziars und des Substituten durchaus gleichartig sind, denn sie werden beide demselben Dritten — dem Rechte des Intestaterben — gleichgestellt. Sie müssen also auch wesentlich denselben materiellen Inhalt haben, wenn schon das Recht des Substituten erst mit dem Augenblicke in volle Wirksamkeit tritt, wo das des Fiduziars erlischt; mit andern Worten:

> Der Substitut erwirbt schon mit dem Tode des Erblassers ein betagtes (resp. bedingtes) Erbrecht, mithin, da der materielle Inhalt des Erbrechts das Eigenthum an der Erbschaft ist, ein betagtes (bedingtes) Eigenthum an dem der Substitution unterworfenen Nachlasse, und dies Recht vererbt er auf seine Erben, sollte er auch den Eintritt des Substitutionsfalls nicht erleben (467 h. t.).

Digitized by Google

Wir sehen also zunächst, daß durch die Substitution das Erbrecht des Fiduziars in seiner Dauer beschränkt ist.

Aber auch seinem Inhalte nach ist das Gleiche der Fall, wie sich aus § 466 h. t. ergiebt, welcher bestimmt:

> „Bei der fideicommissarischen Substitution hat der eingesetzte Erbe so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers (Tit. 21, Abschn. 1)."

Der klare Wortlaut dieses § läßt, wie mir scheint, kaum einen Zweifel darüber zu, daß hier der Umfang der aus dem zeitlich begrenzten Erbrechte des Fiduziars fließenden Befugnisse in Betreff des Nachlasses, d. h. der Inhalt seines dinglichen Rechts, positiv hat festgestellt werden sollen. Und da dies nun durch Bezugnahme auf die Rechte des Nießbrauchers geschieht, obwohl der Fiduziar Erbe, und folglich, so lange sein Recht dauert, Eigenthümer des Nachlasses ist, so scheint ferner unbestreitbar, daß dieses sein Eigenthumsrecht dadurch wesentlich beschränkt ist. —

Dennoch ist von einem unserer vorzüglichsten Rechtslehrer eine grundsätzlich verschiedene Ansicht aufgestellt, welche, bevor wir zu den folgenden Puncten unserer Untersuchung fortschreiten, zunächst einer Prüfung zu unterwerfen ist: Koch nämlich (Privatrecht II S. 673 f. Commentar Anm. 80 zu § 466 h. t.) nimmt an, daß der Substitut zunächst nur ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Herausgabe des Nachlasses erwerbe, von derselben rechtlichen Beschaffenheit, wie bei dem Nießbrauche das des Eigenthümers gegen den Nießbraucher, und durch eine actio ex testamento geltend zu machen.

Ich glaube, daß diese Ansicht, welche, wie nicht anders zu erwarten, in der Praxis viel Geltung gefunden hat, und der sich auch das Ob.-Trib. in der allegirten Entscheidung (S. 19, 20 a. a. O.) zuzuneigen scheint, weder mit den allgemeinen Principien noch den speciellen Bestimmungen des Allg. Landrechts in dieser Rechtsmaterie vereinbar ist, und will dies genauer nachzuweisen versuchen. —

So viel ist zuvörderst klar, daß damit jede eigentliche Beschränkung des Fiduziars in seinem dinglichen Rechte geläugnet wird; denn keine Obligation beschränkt den Eigenthümer als solchen.

Es beruht aber jene Meinung in ihrem letztem Grunde auf römisch-rechtlichen Anschauungen, deren Gewicht schwindet, sobald man sich vergegenwärtigt, in wie erheblichen Puncten die Behandlung dieses Rechtsverhältnisses im Pr. R. von der des R. R. abweicht. In letzterem galt bekanntlich der Grundsatz, daß derjenige, der einmal Erbe geworden sei, niemals wieder aufhören könne es zu sein, daß also nicht verschiedene

Digitized by Google

Personen nach einander Erben desselben Erblassers sein könnten (l. 88 D. de her. inst. 28, 5, l. 3 § 2 D. de lib. 28, 2, l. 3 § 10 D. de min. 4, 4). Daher galten dies certus und Resolutivbedingung bei einer Erbeseinsetzung für nicht geschrieben; daher wurde die Wirkung einer erfüllten Suspensivbedingung in jeder Hinsicht auf den Zeitpunct des Todes des Erblassers zurückbezogen, weil der Verstorbene in keinem Momente unbeerbt, der Erbe aber immer nur Einer sein konnte (von Savigny System III S. 152, 211 ff.). Derselbe Grundsatz verhinderte auch die Anerkennung des Universalfideicommissars als wirklichen Erben; sein Recht, so sehr es auch materiell dem Erbrechte sich näherte, trat aus dem Begriffe des Vermächtnisses nicht heraus, er selbst war auch nach erfolgter Restitution immer nur heredis loco, und der Fiduziar blieb dem Begriffe nach alleiniger Erbe, freilich in manchen Fällen ohne die Rechte und Pflichten eines solchen. Wollte man also dem Rechte des Fideicommissars überhaupt Wirksamkeit gegen den die Herausgabe des Nachlasses weigernden Erben verleihen, so konnte dies folgerichtig nur dadurch geschehen, daß man dem Letzteren eine klagbare Obligation gegen Ersteren auferlegte. Und dies war schon ein bedeutender Fortschritt, wenn man bedenkt, daß bis Augustus die Erfüllung der Fideicommisse in dem Belieben des Onerirten stand; weshalb denn auch später der Schutz des Magistrats nicht in den Formen einer eigentlichen actio, sondern einer extraordinaria cognitio gewährt wurde. (cf. Gajus II. § 247—259, §§ 1—8 J. II, 23).

Somit hat es nach R. R. volle Begründung, wenn Koch a. a. O. S. 673 bemerkt: „der Fiduziar wird, wenn er die Erbschaft annimmt, wirklicher Erbe und Eigenthümer der Erbschaft, übernimmt aber durch die Annahme der Erbschaft zugleich eine Obligation gegen den Fideicommissarius auf Herausgabe der Erbschaft;" beide Sätze stehen zu einander im Verhältnisse der Causalität, denn, wenn der Fiduziar Erbe ist, kann es (nach R. R.) der Fideicommissar nicht sein, das Recht des letzteren kann also höchstens ein Forderungsrecht sein. — Indessen ist doch bemerkenswerth, daß schon Justinian, gegen die juristische Consequenz dem Fideicommissar neben der persönlichen Klage noch eine dingliche gab (l. 1 C. VI, 43) und auch, wie wir später sehen werden, in anderer Hinsicht sein Recht über die Schranken eines persönlichen hinaus erweiterte.

Vollends aber im A. L. R. finden wir eine ganz entgegengesetzte Grundanschauung. Der Satz: semel heres semper heres, ist im § 259 h. t. ausdrücklich aufgehoben, und es steht, wie schon oben be-

Digitized by Google

merkt ist, im Belieben des Testators, dem Rechte des Erben Anfangs- und Endtermine, Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen zu setzen, mit einem Worte: successive Erben zu berufen, von denen keiner bloß Vermächtnißnehmer ist, sondern die alle nacheinander die Person des Erblassers repräsentiren. Muß also nach Pr. R. auch dem Substituten ein wirkliches, wenngleich zunächst noch betagtes (bedingtes) Erbrecht zugesprochen werden, so kann sich der Inhalt desselben nicht in einem Forderungsrechte gegen den Erben erschöpfen; denn ein Erbrecht, allein geschützt durch eine persönliche Klage, ist wohl ein juristisches Unding. Die juristische Consequenz würde demnach hier zu einem andern Resultate führen, wie nach R. R. Dies ist auch dem Scharfblicke Koch's sicherlich nicht entgangen; denn wohl nur dadurch ist er bewogen worden, dem Substituten jedes Erbrecht abzusprechen, um so den daraus gegen seine Theorie sich ergebenden Einwand zu beseitigen. In seinem „Privatrecht" tritt diese Ansicht noch nicht klar hervor; ja man könnte sogar in dem Satze auf S. 672: „Ist der Gegenstand (des Fideicommisses) die Erbschaft als Einheit, so ist zwischen dem Fideicommissar und dem Erben (Fiduziar) in rechtlicher Hinsicht nach Pr. R. gar kein Unterschied: dieser hört auf Erbe zu sein, und der Fideicommissar wird als solcher behandelt" — das Gegentheil finden wollen. Allein in dem Commentare zum A. L. R. Anm. 15 und 16 zu § 459 I, 11 heißt es zu den Worten „fideicommissarische Substitution:"

> „Verschafft in allen Fällen nur eine Singular-Succession, steht also einem Vermächtnisse gleich; denn der Erbe dabei ist der Fiduziar, belastet mit der Verbindlichkeit, die Erbschaftssachen herauszugeben."
>
> „Kommt die fideicommissarische Substitution zur Ausführung, ehe der Nachlaß an den Fiduziar gediehen ist, so wirkt sie als gemeine, und diese giebt wahres Erbrecht."

Also, weil der Fiduziar Erbe ist, ist der Substitut nur Vermächtnißnehmer, Singular-Successor! Dann müßte es auch der Intestaterbe im Falle einer resolutiv-bedingten, oder mit einem Endtermine versehenen Erbeseinsetzung sein; was wohl nicht anzunehmen ist. —

Gegen die Meinung Koch's sprechen außerdem noch folgende speciellere Gründe:

1) Wäre dieselbe richtig, so müßte es nach Eintritt des Substitutionsfalls — ebenso wie dies im R. R. der Fall war — noch eines Willensactes des Fiduziars bedürfen, um das Eigenthum an dem Nachlasse auf den Substituten zu übertragen, oder, landrechtlich ausgedrückt, dessen Recht zur Sache in ein dingliches zu verwandeln; denn aus einem bloßen Forderungsrechte kann durch Eintritt

Digitized by Google

eines dies oder Erfüllung einer Bedingung nimmermehr ohne weitere Vermittelung Eigenthum entstehen (§§ 133—135 I, 2 A. L. R.). — Nun findet aber unbezweifelt nach Pr. R. das Gegentheil statt; „die Restitution der Erbschaft," bemerkt Koch in seinem Commentare Anm. 96 zu § 472 h. t. ganz richtig, „erfordert nach dem A. L. R. keine ausdrückliche Erklärung des Fiduziars; sie geschieht von selbst durch Eintritt des Substitutionsfalls, d. h. der Fideicommissarius wird ipso jure Eigenthümer der einzelnen Gegenstände."

Daraus folgt, wie mir scheint, unwiderleglich, daß das Eigenthumsrecht des Substituten, da es nicht durch Vermittelung des Fiduziars entsteht, unmittelbar auf der Disposition des Erblassers beruhen, also schon mit dem Tode des letzteren als betagtes, (bedingtes) zur Existenz kommen muß (§§ 164—167, 102, 115 I, 4 A. L. R.). Sein Recht ist demnach von Anfang an mehr, als ein bloßer Titel zum dinglichen Rechte, wie Koch es auffaßt (Anm. 90 zu § 466 h. t.).

2) Sie ist m. E. auch mit den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nicht in Einklang zu bringen. Den Kern der letzteren hat man offenbar in dem bereits oben wörtlich angeführten § 466 h. t. zu suchen, der an die Spitze der ganzen Lehre gestellt ist. Sollte derselbe in der That die Auslegung zulassen, daß er lediglich den Inhalt und die rechtliche Beschaffenheit der Obligation zwischen dem Erben und Fideicommissar bestimme (Koch Privatrecht S. 673 Anm. 9), so müßte man das Wort „Rechte" aus ihm hinwegdenken. Denn die Verpflichtung eines Schuldners (und dies ist doch der Fiduziar nach der gegnerischen Auffassung) dadurch bestimmen zu wollen, daß man ihm die Befugnisse (nebst den damit verbundenen Obliegenheiten) eines dinglich Berechtigten beilegt, wäre doch eine so ungewöhnliche, ja unpassende Ausdrucksweise, daß man sie dem Gesetzgeber nur im äußersten Nothfalle zumuthen dürfte. Ein solcher Fall liegt aber gewiß nicht vor.

Hiegegen können denn auch die Stellen nicht ins Gewicht fallen, in denen man wohl die Anerkennung eines nur persönlichen Anspruches des Substituten hat finden wollen.

Der § 467 h. t. zunächst, welcher bestimmt, daß bei eintretendem Substitutionsfalle der Erbe alles aus dem Nachlasse Erworbene in dem Stande, wie er es empfangen, an den Sub-

Digitized by Google

stituten, oder dessen Erben herausgeben müsse, würde eine solche Deutung (Entscheid. Bd. 26 S. 20) nur dann zulassen, wenn man ihn von dem § 466 loslösen dürfte. Nun ist er aber, — wie die Worte „nach eben den Vorschriften, welche zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzt sind," und die gleiche Bezugnahme in dem § 472 h. t. unzweifelhaft ergeben —, nichts weiter als eine einfache Folgerung aus § 466, nebenbei mit dem Zwecke den Abzug der Trebellianischen Quart zu beseitigen. — Das „Herausgeben" hat also nur den Sinn von Besitzüberlassung, und wird in dieser Bedeutung auch von der Verpflichtung des Besitzers gegen den berechtigten Vindikanten gebraucht, welche doch, soweit es sich um die Sache selbst handelt, gewiß keine Obligation ist (cf. z. B. § 17, I, 15 A. L. R.). —

Ganz dieselbe unverfängliche Bedeutung haben offenbar auch die bereits oben nach ihrem Wortlaute angegebene Begriffsbestimmung des § 53 („Pflicht — zu überliefern"), und der Ausdruck „fordern" in § 474 h. t., welche man nach dem laxen Sprachgebrauche des Allgem. Landrechts doch gewiß nicht als technische Bezeichnungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses ansehen darf, und auf welche sich daher Koch (Privatrecht l. c. Note 8) wohl mit Unrecht beruft. —

Ist aber die von mir gegebene Auslegung des § 466 h. t. die richtige, so ist klar, daß dem Substituten von Anfang an mehr als ein bloßes Forderungsrecht eingeräumt sein muß, weil sonst diejenigen Rechte, welche beim Nießbrauche dem Eigenthümer vorbehalten sind, gewissermaßen in der Luft schweben würden. —

II.

Auch über den Umfang der Beschränkung läßt uns der § 466 cit. nicht in Zweifel; denn er giebt uns die einfache Regel an die Hand:

> Der Fiduziar ist in der Verfügung über die Substanz des Nachlasses in derselben Weise beschränkt, wie es der Nießbraucher ist.
>
> (cf. Bornemann System II S. 104, Rechtsfälle aus der Praxis des Ob. Trib. Bd. IV S. 391—393).

Um dies zu bestreiten, müßte man annehmen, daß es dem Gesetzgeber mit dem Allegate: „Tit. 21 Abschn. 1" kein rechter Ernst gewesen sei. Das Gegentheil ergeben aber die wiederholten Verweisungen auf denselben Abschnitt in den §§ 467 und 472 h. t., so daß wir m. E.

Digitized by Google

unbedenklich berechtigt sind, alle Bestimmungen desselben auf das vorliegende Rechtsverhältniß anzuwenden, so weit dadurch der Begriff des Eigenthums in der Person des Fiduziars nicht aufgehoben wird.

Es hat aber jene Regel auch nichts Befremdliches, wenn wir uns der Wirkung erinnern, welche überhaupt die zeitliche Begrenzung eines Rechts auf den Inhalt desselben ausübt. Dies ist, nach dem allgemeinen Grundsatze des § 168 I, 4 A. L. R. die, daß der zunächst Berechtigte „während der Dauer seines Rechts zum Nachtheile desjenigen, an welchen dasselbe demnächst gelangen soll, nichts vornehmen darf." Die Bedeutung dieses Satzes wird klarer, wenn man den § 169 ibid. hinzunimmt, wonach der Erstberechtigte die inzwischen gezogenen Nutzungen behalten soll. Denn wenn unter Nutzungen nach § 110, I, 2 A. L. R. alle Vortheile verstanden werden, „welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz, gewähren kann," so folgt, daß die Erhaltung der Substanz diejenige Schranke ist, welche der § 168 cit. den Befugnissen des Erstberechtigten setzt. — Gleiche Wirkung äußert auch eine Resolutivbedingung in den Fällen, wo — wie hier — das Recht des Zweitberechtigten als ein von der umgekehrten Suspensivbedingung abhängig gemachtes aufzufassen ist (§§ 115. 116, 103 I, 4 A. L. R.).

Nur eine Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes ist es, wenn unser § 466 dem Fiduziar die Rechte eines Nießbrauchers giebt; denn Nießbrauch ist eben „das vollständige Nutzungsrecht, oder die Befugniß, eine fremde Sache nach Art eines guten Hauswirths ohne weitere Einschränkung zu nutzen oder zu gebrauchen" (§ 22 I, 21 A. L. R.); eine Definition, welche mit der des R. R. („jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia") ganz übereinstimmt, wenn man sich jenes landrechtlichen Begriffs der Nutzung erinnert.

Der § 466 cit. verleiht aber demselben zugleich für unsern Fall eine concretere Fassung, die ja im Interesse der Rechtsgewißheit so wünschenswerth ist, daß man nicht versuchen sollte, sie durch laxe Interpretation wieder zu verwischen.

Die Richtigkeit vorstehender Ausführung wird übrigens noch durch zwei andere hiermit in Verbindung stehende Gesetzesstellen bestätigt.

Es bestimmen nämlich:

1) der § 468 h. t.:

> „Hat der Testator verordnet, daß die fideicommissarische Substitution nur auf das, was bei eintretendem Falle noch vorhanden sein würde, sich erstrecken solle, so kann der eingesetzte Erbe über die mit der Substitution belegte Substanz zwar unter Lebendigen, aber nicht von Todes wegen verfügen."

Digitized by Google

Daraus folgt, nach dem hier ohne Zweifel anwendbaren argumentum e contrariis, daß der Fiduziar in dem vorher (§§ 466, 467) abgehandelten regelmäßigen Falle nicht berechtigt sei, über die Substanz des Nachlasses unter Lebendigen zu verfügen; sonst würde § 468 cit. völlig nichtssagend sein.

2) der § 430, II, 2 A. L. R.:

„Verlassen Aeltern einem Kinde sein volles Erbtheil, verfügen aber dabei, daß selbiges für die Enkel erhalten werden soll: so muß das Kind sich dieser Verordnung unterwerfen."

Es ist nun unbedenklich, daß hier von einer einfachen fideicommissarischen Substitution die Rede ist, und daß eine derartige Anordnung die Beschränkung des Kindes in der Disposition über die Substanz des Erbtheils bezweckt, und zur Folge hat. Bornemann l. c. S. 196, 197.

Es ist hier noch einer eigenthümlichen Ansicht zu erwähnen, welche sich in der Abhandlung Bd. VI. S. 245 ff. der v. Kamptz'schen Jahrbücher ausgesprochen findet. Der Verfasser untersucht S. 254, in Betreff welcher im vollen Eigenthume liegenden (§§ 9—12 I, 8 A. L. R. aufgezählten) Befugnisse der Fiduziar beschränkt sei, und gelangt zu dem Resultate: weder in Bezug auf die Proprietät, noch auf das Besitzrecht, sondern in dem Nutzungsrechte, so daß der § 466 cit. nichts anderes sage, als „daß der heres fiduciarius das Nutzungsrecht eines Nießbrauchers, nicht das eines unbeschränkten Eigenthümers, oder das eines Pächters oder Commodatarius haben solle."

Als Grund dafür wird angeführt, daß der Gesetzgeber gar keine Veranlassung gehabt habe, über die Proprietät und das Besitzrecht etwas anzuordnen, „da es schon in dem Wesen der Substitution liege, daß das legirte Object zuerst dem Einem, und dann einem Anderen gehören solle." —

Eine sonderbare Deduction, wie mir scheint. Man sollte doch meinen, daß demjenigen, welchem man zu der Proprietät — d. h. dem Rechte über die Substanz zu verfügen —, und dem Besitzrecht noch das Nutzungsrecht des Nießbrauchers, also das vollständige, uneingeschränkte Nutzungsrecht, zulegt, eben Nichts an vollem Eigenthum mangle. Denn die Schranke des Nießbrauchers liegt ja nicht in der Beschränktheit seines Nutzungsrechts, sondern in dem Mangel der Disposition über die Substanz. —

Ohne Zweifel ist es vielmehr die Proprietät, auf welche sich die Beschränkung des Fiduziars bezieht; und daß eine solche den Begriff

Digitized by Google

des Eigenthums nicht aufhebt, ergiebt sich aus § 9 I, 19 A. L. R. — Denjenigen aber, der etwa zwischen einem so beschränkten Eigenthume und dem Nießbrauche keinen Unterschied zu finden vermöchte, glaube ich auf das verweisen zu dürfen, was oben (I, a) über die Rechte des Fiduziars bemerkt ist.

Offenbar unzulässig aber erscheint es mir, nachdem man dem Fiduziar — und mit Recht — das Eigenthum vindizirt hat, dies nun in einseitiger Weise zur Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Jenem und dem Substituten zu machen, unbekümmert um den klaren Inhalt des § 466 cit., der sich doch ex professo darüber ausspricht.

Betrachten wir schließlich in einem Gesammtüberblicke das so eben in seiner Beschränkung dargelegte Recht des Fiduziars, so finden wir, daß dasselbe wesentlich unter den Begriff des nutzbaren Eigenthums fällt, wie er in den §§ 1—6 I, 18 A. L. R. aufgestellt ist. Soll damit nun auch nicht gesagt sein, daß dem Substituten ein Obereigenthum zustände, wie es etwa bei Familienfideicommissen der ganzen Familie zugeschrieben wird (§ 73 II, 4 A. L. R. Entsch. a. a. O. S. 19): so ist doch eine entschiedene Analogie zwischen dem Rechte des Substituten und dem des Fideicommißanwärters nicht zu verkennen. Beide ruhen auf dem Willen des Stifters, nicht des derzeitigen Besitzers, und sollen daher gegen die Willkühr des letzteren möglichst gesichert werden; dies aber geschieht dadurch, daß sie schon vor dem wirklichen Anfall in die Rechtssphäre desselben hineingreifen und ihn an nachtheiligen Dispositionen verhindern. Diese Aehnlichkeit wird im A. L. R. mehrfach anerkannt, z. B. in § 488 ff. I, 11 und in den §§ 54, 55 h. t., so wie auch in der Declaration vom 19. Februar 1812 (G.-S. S. 13), wonach die Vorschrift des § IX des Edikts vom 9. October 1807 auch auf fideicommissarische Substitutionen, welche über den ersten Grad hinausgehen, sich erstrecken soll.

Von diesem Gesichtspunkte aus, der ja dem deutschen Rechte ein so geläufiger ist, läßt sich denn auch — wenn ich nicht irre — das ganze uns beschäftigende Rechtsverhältniß klarer erkennen, als wenn man es unter Bestimmungen des R. R. zu zwängen sucht, die andere Voraussetzungen haben.

III.

Wir wenden uns nun zu der Frage nach den **Wirkungen** der über die Schranken seines Rechts hinausgehenden Handlungen des Fiduziars. —

Digitized by Google

Für unseren Zweck müssen wir diese Handlungen in zwei Classen sondern, und zwar in solche, welche eine Substanzveränderung, ohne Veräußerung, und in solche, welche dieselbe durch Veräußerung (im weitesten Sinne genommen) hervorbringen. Das Unterscheidende ist, daß dort das Rechtsverhältniß auf die Personen des Fiduziars und Substituten beschränkt bleibt, während hier auch noch Rechte Dritter in Frage kommen.

Was nun

A. die erste Classe anbetrifft, so bietet dieselbe keine besondere Schwierigkeit, wenn wir einfach die über den Nießbrauch gegebenen Vorschriften zur Anwendung bringen. Das Princip spricht § 25, I, 21 A. L. R. dahin aus: daß der Nießbraucher, ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine von der vorigen ganz verschiedene Form nicht umändern darf; und dies gilt nach § 466 h. t. auch vom Fiduziar.

Hat er es gleichwohl gethan, so ist:

a) unzweifelhaft, daß der Substitut nach eingetretenem Substitutionsfalle die Herstellung der Sache in den vorigen Stand auf Kosten des Fiduziars, oder vollständigen Ersatz des durch die Veränderung entstandenen Schadens fordern kann (§§ 26, 27 I 21 A. L. R.).

Der Rechtsgrund hierfür ist die nach Pr. R. mit dem Nießbrauche von selbst verbundene Obligation zur Erhaltung der Sache, d. h. Schonung der Substanz, welche nach R. R. durch eine besondere Stipulation übernommen werden mußte. —

In dieser Beziehung ist es daher gleichgültig, ob man den Fiduziar außerdem noch für dinglich beschränkt erachtet, da es hier jedenfalls nur auf die obligatorische Seite des Rechtsverhältnisses ankommt, welche ja auch von den Gegnern in vollem Umfange anerkannt wird.

b) Aber auch vor Eintritt des Substitutionsfalls hat der Substitut das Recht, den Fiduziar anzuhalten, daß er die eigenmächtig veränderte Sache wieder in den vorigen Stand setze (§ 28, I, 21 A. L. R.).

Es unterliegt keinem Bedenken, daß dieselben Grundsätze auch dann zur Anwendung kommen, wenn keine eigentlichen Umänderungen, sondern absichtliche oder verschuldete Beschädigungen der Substanz durch den Fiduziar herbeigeführt sind (§§ 132 ff. I, 21 A. L. R.). Dafür mußte Letzterer schon nach R. R. in Folge der ihm auferlegten Obligation Ersatz leisten (§ 1 l. 70 D. ad S. C. Treb. 36, 1).

Digitized by Google

Ueberdieß hat der Substitut in allen diesen Fällen das Recht, von dem Fiduziar Cautionsbestellung gegen fernere Beeinträchtigungen zu fordern (§ 472 h. t. § 20 I, 21 A. L. R., Koch Commentar Anm. 163 zu § 166 I, 4 A. L. R.), unter Umständen sogar die Befugniß, auf gerichtliche Sequestration der der Verschlimmerung ausgesetzten Nachlaß-Sachen zu dringen (§§ 140—142 I, 21 A. L. R.).

B. Veräußerungen.

Hierbei kommt zweierlei in Betracht: erstens das Rechtsverhältniß zwischen dem Fiduziar und dem Substituten; zweitens dasjenige zwischen dem Substituten und dem, welcher Rechte auf den Nachlaß von dem Fiduziar erworben hat, und welchen wir kurzweg als Dritten bezeichnen wollen. —

Bevor wir jedoch diese Beziehungen im Einzelnen erörtern, ist es nöthig, einen Punct als unstreitig vorweg zu nehmen, dessen Vermischung mit der eigentlichen Streitfrage leicht zu unnöthiger Verwirrung der letzteren beitragen könnte. —

Es giebt nämlich eine Classe von Veräußerungen, welche, mögen sie auch ihrem Begriffe nach unter die dem Fiduziar nicht gestatteten fallen, doch um ihres besonderen Zweckes willen dem Substituten gegenüber durchaus vollwirksam sind; dies sind diejenigen, welche zur Befriedigung von Legataren und Nachlaßgläubigern gedient haben. Der Substitut muß sie anerkennen, nicht weil der Fiduziar unbeschränkter Eigenthümer des Nachlasses war, der mit dem Seinigen nach Belieben schalten konnte, sondern weil sich das Fideicommiß überhaupt nur auf das erstreckt, was nach Abzug der Schulden und Legate von dem Nachlasse übrig bleibt (§§ 473, 474 h. t.). Deshalb ist der Fiduziar ebenso berechtigt als verpflichtet, den Nachlaß in dieser Hinsicht zu vertreten, und, soweit jene Einschränkung des Rechts des Substituten reicht, steht dem letzteren m. E. nicht einmal bei Auswahl der Befriedigungsmittel die in § 77, I, 21 A. L. R. dem Eigenthümer vorbehaltene Mitwirkung zu. — Es leuchtet aber ein, daß von diesem speziellen Verhältnisse keine Schlüsse auf die Wirksamkeit anderer Verfügungen des Fiduziars gezogen werden können. (Bornemann a. a. O. S. 104). Ich werde dasselbe daher bei der folgenden Untersuchung nicht weiter berücksichtigen.

In allen sonstigen Veräußerungsfällen giebt nun zunächst das Rechtsverhältniß zwischen dem Fiduziar und Substituten zu keinem Zweifel Anlaß. Unbedenklich ist der Substitut nach eingetretenem Substitutionsfalle berechtigt, sofern er die stattgefundenen Ver-

Digitized by Google

äußerungen nicht anfechten kann oder will, oder dem Dritten nach allgemeinen Grundsätzen hat Vergütigung gewähren müssen, vollständige Schadloshaltung von dem Fiduziar zu verlangen, da ihm dieser zum Mindesten obligatorisch zur Herausgabe des Nachlasses in dem überkommenen Zustande verpflichtet ist (§ 467 h. t., § 133, I, 21 A. L. R.).

Dagegen ist das Verhältniß des Substituten zu dem Dritten der eigentliche Mittelpunkt der ganzen Streitfrage und seine möglichst genaue Feststellung das hauptsächliche Ziel unserer Untersuchung. Zugleich ist es der Prüfstein für die Richtigkeit der Behauptung, daß dem Substituten ein dingliches, d. h. eben gegen jeden Dritten wirksames Recht zuzuschreiben sei. —

Es sind im Allgemeinen drei Auffassungen möglich: diejenigen, welche dem Substituten nur ein Forderungsrecht beilegen, werden alle Veräußerungen des Fiduziars der Regel nach für unanfechtbar erklären müssen; so Koch Privatrecht l. c. S. 673, 74.

Die Anderen, welche das Recht des Substituten für bedingtes (bedingtes) Eigenthum halten, können unter sich wiederum in so fern divergiren, als sie entweder den Bestand der von Dritten erworbenen Rechte principiell von deren Redlichkeit abhängig machen (die Ansicht Bornemann's), oder diese Rechte dem Substituten gegenüber allgemein für wirkungslos erachten, so weit nicht besondere gesetzliche Vorschriften Ausnahmen rechtfertigen. —

Die erste und zweite Auffassung fallen indessen, obgleich sie im Principe verschieden sind, doch im praktischen Resultate nach den eigenthümlichen Bestimmungen unseres Rechts über den Einfluß der Redlichkeit auf den Erwerb dinglicher Rechte zusammen. Denn, wenn auch der Substitut nur eine Forderung auf Herausgabe des Nachlasses hätte, so wäre dieselbe doch, da sie auf Herausgabe der bestimmten zum Nachlasse gehörigen Sachen geht (§ 467 h. t.), jedenfalls als ein persönliches Recht zur Sache, ein Titel zum dinglichen aufzufassen (§ 133, 134 I, 2 A. L. R. und Anm. 109 dazu in Koch's Commentar); und durch die Kenntniß eines solchen wird jeder Dritte an späterer wirksamer Erwerbung entgegenstehender dinglicher Rechte verhindert (§ 25, I, 10, §§ 5, 6 I, 19 A. L. R.). — Ueber diesen Punct dürfen wir also gleichfalls allseitige Uebereinstimmung annehmen.

Ich stehe nun nicht an, die dritte Auffassung für die richtige zu halten, und habe also den Nachweis zu führen, daß die Rechte Dritter auch durch deren Redlichkeit beim Erwerbe der Regel nach nicht geschützt werden. Die Gründe hierfür sind folgende:

Digitized by Google

1. Nach R. R. hatte — wie wir sahen — der Fideicommissar unzweifelhaft nur ein Forderungsrecht gegen den Erben. Trotzdem aber führten die innere Natur des Rechtsverhältnisses und die Rücksicht auf den Willen des Testators schon Justinian dahin, alle Veräußerungen des Fiduziars für nichtig und den Fideicommissar für berechtigt zu erklären, die veräußerten Sachen auch von gutgläubigen Dritten zu vindiziren („quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam, (sc. heres) in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae pignorisve nomine obligare, vel manumittere. et alienam spem decipere." l. 3 §§ 2—4 C. VI, 43).

Von diesem allgemeinen Veräußerungsverbote waren nur wenige, zum Theil selbstverständliche Ausnahmen zugelassen (cf. Puchta Pandekten § 555 Note a).

Wenn nun das A. L. R. dem Substituten an sich schon mehr als ein bloßes Forderungsrecht giebt, so werden wir von vorn herein Grund zu der Annahme haben, daß es sein Recht auch in dieser Hinsicht nicht vermindert haben werde.

2. Hierfür sprechen denn auch m. E. die allgemeinen Regeln über den Einfluß, welchen der Eintritt eines Endtermins und einer Resolutiv-Bedingung auf den Bestand der von dem zeitweiligen Eigenthümer constituirten dinglichen Rechte ausübt.

Nach R. R. wurden bekanntlich durch Erfüllung der Resolutiv-Bedingung (sofern von derselben wirklich die Existenz des Eigenthumes abhängig gemacht war) alle in der Zwischenzeit vorgenommenen Veräußerungen ohne Weiteres vernichtet — resolvitur ex tunc — (cf. Puchta § 142, v. Vangerow Leitfaden (III. Auflage) I. S. 117 ff., v. Savigny System III S. 154). — Dem Endtermine schreibt Puchta nicht die gleiche Wirkung zu, da der Eintritt desselben dem Anfallsberechtigten nur ein Forderungsrecht geben soll; indessen findet auch die Gegenmeinung Vertreter (cf. Puchta l. c. Note d). —

Das Pr. R. enthält darüber keine ganz klaren Bestimmungen, wenigstens nicht an dem Orte, wo man sie zunächst suchen sollte.

In Betreff der Resolutiv-Bedingungen heißt es in den §§ 115, 116 I, 4 A. L. R.

„Der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblicke, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt."

„Erhellet aber aus den Umständen, daß das Recht beim Eintritt der

Digitized by Google

Bedingung als ungültig von der Zeit der Einräumung an habe angesehen werden sollen, so müssen auch die bisher gezogenen Nutzungen wieder herausgegeben werden."

Ich glaube, daß diese Bestimmungen unsere Frage gar nicht treffen. Denn, wenn auch § 115, wie die Verbindung mit § 116 ergiebt, nicht bloß den Sinn hat, daß der Verlust des Rechts mit dem Momente der Erfüllung von selbst, ohne weitere Vermittelung eintritt, sondern zugleich die Zurückbeziehung dieser Wirkung auf den Anfang des Rechtsgeschäfts in gewisser Beziehung verneinen will, so geht doch aus § 116 nicht minder hervor, daß diese Verneinung nur das Recht auf die inzwischen gewonnenen Nutzungen betrifft; daraus aber läßt sich ein sicherer Schluß auf die Wirksamkeit der Veräußerungen nicht ziehen.

Dasselbe gilt von § 169 I, 4 A. L. R., welcher die vor Eintritt eines Endtermins gezogenen Nutzungen dem bis dahin Berechtigten zuspricht; wogegen auch der bereits oben besprochene § 168 ibid. es zweifelhaft läßt, ob die darin aufgestellte Beschränkung redlichen Dritten entgegensteht. —

Koch trägt in Bezug auf Resolutivbedingungen jenen römischrechtlichen Grundsatz ohne speciellere Begründung als auch nach Pr. R. gültig vor (Anm. 116 zu § 115 cit. Recht der Forderungen II S. 259 ff., zweifelhaft Privatrecht I, S. 238); über die Wirkung des Endtermins äußert er sich, so viel ich gefunden, nicht.

Bornemann dagegen (System I, S. 168, 175) erkennt zwar auch an, daß unsere Frage durch die citirten §§ des Titels 4 nicht entschieden wird, entnimmt aber aus anderen Gesetzesstellen den allgemeinen Grundsatz, daß die Wirksamkeit der Rechte Dritter in beiden Fällen gleicherweise allein von deren Redlichkeit abhinge.

M. E. läßt sich aber ein derartiger Grundsatz in solcher Allgemeinheit nicht nachweisen; vielmehr sprechen gewichtige Gründe dagegen.

Das sittliche Princip im Landrechte, auf welches sich Bornemann beruft, ist nirgends mit der Bestimmtheit ausgesprochen, um daraus positive Rechtssätze herleiten zu können; es kann vielmehr, ähnlich wie die aequitas des R. R., nur zur tieferen Begründung der wirklich ausgesprochenen verwendet werden. Was aber die von ihm angeführten Gesetzesstellen anlangt, so sind dies:

a) die §§ 264, 265, 270 u. 311, I, 11 A. L. R.

In den beiden ersten ist bestimmt, daß, falls Sachen unter gewissen Bedingungen verkauft und übergeben sind, diese Bedingungen einem Dritten bei Erwerbung eines Rechts auf die Sache

Digitized by Google

nur in so weit entgegenstehen sollen, als er erweislich Kenntniß davon gehabt hat, oder als dieselben, bei unbeweglichen Sachen, in das Hypothekenbuch eingetragen sind. Eben dasselbe soll nach §§ 270 und 311 cit. auch im Falle des vorbehaltenen Eigenthums und Wiederkaufsrechts gelten.

Ich halte diese Stellen aus zwei Gründen für unbeweisend.

Erstens nämlich enthalten sie keine allgemeinen Vorschriften, sondern besondere Normen für den Verkauf, und tragen als solche ihre eigenthümliche Rechtfertigung in sich; denn es erscheint nicht unbillig, daß der unvorsichtige Verkäufer, welcher eine nur bedingungsweise oder unter Vorbehalt verkaufte Sache ohne hinreichende Sicherung freiwillig aus Händen giebt, dem redlichen Dritten im Collisionsfalle nachstehen muß. Schon dieser specielle Grund würde ihrer generellen Anwendung entgegenstehen.

Fürs Zweite aber hat der Verkäufer in fast allen jenen Fällen nur ein persönliches Recht gegen den Käufer auf Rückgewähr des Eigenthums. Letzteres fällt daher nicht von selbst an ihn zurück, und die natürliche Folge davon ist, daß die Veräußerungen der Zwischenzeit gültig bleiben (v. Savigny l. c. S. 155), soweit nicht, nach Pr. R., der böse Glaube des Erwerbers entgegensteht. In Betreff des Wiederkaufsrechts leidet dies keinen Zweifel, da dasselbe nichts weiter ist, als ein Nebenvertrag auf Rückverkauf. Aber auch wegen der Resolutivbedingung bestimmt § 262 ibid. ausdrücklich, daß auch nach Eintritt derselben, „wenn das Eigenthum auf den Verkäufer zurückgehen solle, eine neue Uebergabe an letzteren erforderlich sei;" und der Vorbehalt des Eigenthums hat nach § 266 ibid. die Kraft einer auflösenden Bedingung.

Die Singularität reduzirt sich also auf den Fall der Suspensivbedingung, und tritt hier als solche klar hervor, da nach § 259 ibid. der Käufer, wenn ihm auch vor Erfüllung der Bedingung die Sache übergeben ist, doch nicht Eigenthümer, sondern nur Verwalter derselben wird. Es wird aber gewiß Niemand als allgemeine Regel aufstellen, daß gutgläubige Dritte von einem bloßen Verwalter gültige Rechte auf die Sache erwerben könnten; dann wäre wenigstens die Lehre von der Vindication gegen redliche Besitzer ganz überflüssig.

b) die §§ 16 — 19, I, 4 A. L. R., welche verordnen, daß Privatverfügungen, wodurch eine Sache dem Verkehre entzogen (extra

Digitized by Google

commercium gesetzt) wird, Dritten nur im Falle der Wissenschaft oder der Eintragung in das Hypothekenbuch entgegenstehen.

Für die Anwendung dieser §§ auf unseren Fall scheint es mir jedoch an allen Bedingungen der Analogie zu fehlen. Denn, daß Sachen durch Privatbelieben außer Verkehr gesetzt werden, ist etwas so Außergewöhnliches, daß man billig hätte zweifeln können, ob dergleichen dem Zwecke der Sachen widersprechende Dispositionen überhaupt rechtlichen Schutz genießen dürften. Eine ganz andere Natur haben Bedingung und Zeitbestimmung, als Einschränkungen dinglicher Rechte, und man kann wohl nicht annehmen, daß der Gesetzgeber sie mit gleicher Ungunst habe behandeln wollen, wie jene anomalen, in der Praxis fast gar nicht vorkommenden Rechtshandlungen.

Was insbesondere das uns beschäftigende Rechtsverhältniß anbelangt, so kann man nicht einmal sagen, daß die Einschränkung des Fiduziars in seinem dinglichen Rechte auf dem Belieben des Testators beruhe; vielmehr giebt ihm das Gesetz das Institut der fideicommissarischen Substitution mit allgemein bestimmten Wirkungen zur Benutzung an die Hand. —

Der Meinung Bornemann's stehen aber m. E. positiv entgegen:

α) der § 33 I, 19 A. L. R., dahin lautend:

„Rechte auf und zu fremden Sachen erlöschen, wenn das Recht desjenigen, welcher sie bestellt hat, aufhört, und die Sache an einen anderen fällt, der auf selbige schon vor Einräumung jener Befugnisse einen gegründeten Anspruch hatte."

Zwar meint auch Koch (Anm. 27 zu diesem §), daß die Redlichkeit des Erwerbers auch diesen Rechtssatz überwinde. Allein das Gesetz giebt zu dieser erheblichen Einschränkung offenbar keinen Anlaß, und die davon in den §§ 388 — 390 I, 21 A. L. R. gemachte Anwendung widerspricht derselben geradezu. Danach soll nämlich, wenn der Verpächter (Vermiether) über die Sache nur auf eine bestimmte Zeit zu verfügen berechtigt gewesen, der Nachfolger desselben zur Fortsetzung des Contracts nicht verbunden, der Verpächter aber dem Pächter zur Schadloshaltung verpflichtet sein, wenn demselben die zeitliche Beschränkung des Rechts verheimlicht war. Es ist also ausdrücklich anerkannt, daß die Redlichkeit des Pächters sein dingliches Recht nicht schützt.

β) die besonderen Vorschriften des A. L. R. über den Glauben des Hypothekenbuchs, welche völlig überflüssig sein würden, wenn der

Digitized by Google

gute Glaube des Erwerbers schon im Allgemeinen dieselben Wirkungen hätte.

Bornemann hat nun zwar von seinem Grundsatze auf das Verhältniß des Substituten zu Dritten keine ausdrückliche Anwendung gemacht; indessen ist doch nicht zu verkennen, daß letzteres an sich unter die Regel fällt, und ist dies der Grund der vorstehenden Ausführung gewesen, die Manchem vielleicht als eine Abschweifung erscheinen möchte.

3. Wollte man aber auch in Betreff dieser allgemeinen Vorschriften einer anderen Ansicht den Vorzug geben, so würde dies doch für die Beantwortung der vorliegenden Streitfrage nicht von entscheidendem Einflusse sein, da, wie ich glaube, die speciellen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte des Substituten unserer Auffassung unläugbar zur Seite stehen.

Nach § 466 h. t. soll, wie wir gesehen haben, der Fiduziar nur die Rechte eines Nießbrauchers haben; folglich müssen dem Substituten im Allgemeinen diejenigen Befugnisse zugesprochen werden, welche im Abschn. 1 des Titels 21 dem Eigenthümer beigelegt sind. Nun zweifelt wohl Niemand daran, daß alle Substanzveräußerungen des Nießbrauchers für den Eigenthümer völlig unverbindlich sind, und daß letzterer nach beendigtem Nießbrauche zur Vindication der veräußerten Stücke (resp. Anfechtung eingeräumter dinglicher Rechte) befugt ist; und zum Ueberflusse bestimmt dies § 133 I, 21 A. L. R. noch ausdrücklich. Aus welchem Grunde will man dann aber dem Substituten das gleiche Recht streitig machen, ohne dem Gesetzgeber eine unverzeihliche Gedankenlosigkeit aufzubürden?

Dies gleiche Recht des Substituten wird nun aber noch an einer andern Stelle, wie mir scheint, unzweideutig anerkannt, nämlich in den §§ 487 ff. I, 11 A. L. R. Dort ist bestimmt, daß, falls der Erbschaftsverkäufer dem Käufer gar kein Erbrecht gewähren könne, er den erhaltenen Kaufpreis zurückzahlen müsse (§ 487); das Gleiche soll stattfinden, wenn ein mit Substitution beschwertes Erbrecht verkauft, und diese Belastung dem Käufer nicht bekannt gemacht ist (§ 488), und der Verkäufer soll dem Käufer überdies für das Interesse haften (§ 489, 490). Hieran schließt sich nun die Vorschrift des § 491 dahin:

„Wegen dessen, was dem Erbschaftskäufer von dem die Erbschaft an sich nehmenden Erben vergütet werden muß, — — — finden die Vorschriften der §§ 154—162 Anwendung."

Digitized by Google

Die Satzfügung läßt darüber keinen Zweifel, daß dieser § sich auf die §§ 487 und 488 gleicherweise bezieht. Die §§ 154 bis 162 I, 11 behandeln aber die Verpflichtungen des Verkäufers gegen den Käufer im Falle völliger Eviction der Sache, und unterscheiden die drei Fälle, wenn Käufer redlicher, oder wenn er unredlicher Besitzer war, oder wenn ihm nur eine fingirte Unredlichkeit zur Last fiel.

Daraus folgt, daß der Substitut auch von dem redlichen Käufer die Erbschaft vindiziren kann, und, was von dem Ganzen gilt, scheint auch in Betreff der einzelnen Stücke angenommen werden zu müssen.

In Vorstehendem glaube ich den mir obliegenden Nachweis erbracht zu haben, daß die Rechte Dritter an dem Nachlasse durch deren Redlichkeit in der Regel nicht aufrecht erhalten werden, obschon dieselbe für ihre Gegenansprüche von Erheblichkeit sein kann.

Es giebt aber allerdings einen schon oben angedeuteten Ausnahmefall, in welchem die Redlichkeit einen positiven Schutz gewährt, nämlich wenn sie sich auf den Glauben des Hypothekenbuchs stützt. — Denn der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit Dritten über das Grundstück abgeschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen, und die von ihm constituirten Rechte können von Niemanden angefochten werden, dessen Ansprüche nicht gleichfalls im Hypothekenbuche vermerkt, oder sonst dem Dritten bekannt geworden waren (§§ 7 ff. I, 10 A. L. R.). Und in ähnlicher Weise verordnet § 15 des Ges. vom 24. Mai 1853: „Einem Dritten, welcher redlicher Weise über eine im Hypothekenbuche eingetragene Post mit dem als Cessionar, Erbe oder sonstiger Erwerber eingetragenen und im Besitze des darüber ausgefertigten Hypotheken-Instruments befindlichen Inhaber sich eingelassen hat, können keine die Berechtigung seines Auctors betreffenden Einwendungen, so weit sie nicht aus der Urkunde oder dem Hypothekenbuche erhellen, entgegengestellt werden."

Auch diese Ausnahmen tragen zur Bekräftigung der Regel bei. —

Wenden wir die unter B entwickelten Grundsätze auf die hauptsächlichsten Fälle an, so ergiebt sich Folgendes:

1. Veräußerte Nachlaß-Sachen kann der Fideicommissar nach eingetretenem Substitutionsfalle von jedem Dritten vindiciren; ob Letz-

Digitized by Google

terer durch den Glauben des Hypothekenbuchs hiegegen geschützt werden kann, hängt von der, allerdings zweifelhaften Auslegung des § 24 I, 10 A. L. R. ab (cf. Koch Commentar Anm. 30 dazu).

Ebenso kann die Rückcession veräußerter Nachlaßforderungen beansprucht werden (§ 3 I, 15 A. L. R. und Koch Commentar Anm. 6), sofern nicht dem derzeitigen Inhaber der § 15 des Ges. vom 24. Mai 1853 zur Seite steht.

2. Die von dem Fiduziar etwa eingeräumten sonstigen dinglichen Rechte braucht der Substitut nur dann anzuerkennen, wenn sie durch den Glauben des Hypothekenbuchs aufrecht erhalten werden (cf. Rechtsfälle IV S. 391 ff.). Ob und in wie weit in den übrigen Fällen dem Berechtigten Entschädigung zu leisten, hängt von der Beschaffenheit des constituirten Rechts ab.

3. Capitals-Zahlungen der Nachlaßschuldner an den Fiduziar befreien dieselben dem Substituten gegenüber nicht, es sei denn, daß dadurch dem Nachlasse ein noch vorhandener Vortheil verschafft worden (§ 104, I, 21, § 36, I, 16 A. L. R.). Auf die Wissenschaft des Zahlenden von der Beschränkung des Fiduziars kommt Nichts an, da letztere nicht auf Willenserklärung, sondern auf gesetzlicher Vorschrift beruht, und § 39 I, 16 A. L. R. sich nur auf jenen Fall (§ 38 ibid.) bezieht.

4. Ebenso wenig braucht der Substitut processualische Entscheidungen gegen sich gelten zu lassen, welche rücksichtlich der Substanz des Nachlasses ohne seine Zuziehung ergangen sind (§ 83, I, 21. A. L. R. Striethorst Archiv 9 S. 107 f. „unbeschadet der Rechte des fideicommissarischen Erben"). — Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Fiduziar zu solchen Prozessen zuzulassen sei, wenn der Gegner sich mit ihm einlassen will (§§ 82 ff. I, 21 A. L. R., Entsch. Bd. 26, S. 15 ff.); ob auch trotz des Einwandes des Gegners, scheint mir zweifelhaft.

Dieselben Grundsätze kommen auch in Betreff der Erbtheilungen zur Anwendung, woraus folgt, daß sich der etwa dabei concurrirende Vormundschaftsrichter vor Bestätigung des Recesses die Zustimmung des Substituten verschaffen muß, um späteren Anfechtungen vorzubeugen.

Anlangend die Rechte des Fideicommissars vor dem Eintritte des Substitutionsfalles, so kann derselbe in den Fällen zu 1—3 m. E. Cautionsbestellung von dem Fiduziar verlangen, weil dessen rechtswidrige Dispositionen die Besorgniß einer Verringerung der Nachlaß-

Digitized by Google

Substanz rechtfertigen (§ 21, I, 21 A. L. R.). Dagegen hat er bis dahin weder eine Klage gegen die Dritten, weil deren Rechte so lange in Kraft bleiben, als das Recht ihres Auctors dauert, noch im Falle 3 gegen den Nachlaßschuldner, da das Forderungsrecht ihm noch nicht zusteht.

Nur unter den Umständen, welche ihn berechtigen, gegen unwirthschaftliche Verwaltung des Fiduziars einzuschreiten (§§ 140—142 I, 21), wird man ihm eine gleiche Befugniß gegen denjenigen, an welchen die Sache vom Fiduziar gediehen ist, nicht versagen können, da die Veräußerung für ihn eine res inter alios acta ist, wodurch seine Rechte nicht verkümmert werden dürfen. — In dem Falle zu 4 endlich ist der Substitut für berechtigt zu erachten, als accessorischer Intervenient an dem Processe Theil zu nehmen, da ja der Fiduziar verpflichtet ist, ihn zuzuziehen (§ 83 ibid.), und er offenbar nicht abzuwarten braucht, ob auch jener seiner Verpflichtung nachkommen werde.

Die Resultate der bisherigen Erörterungen lassen sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Der Fiduziar ist zu Gunsten des Substituten in der Verfügung über die Substanz des Nachlasses in demselben Umfange beschränkt, wie dies der Nießbraucher im Verhältnisse zum Eigenthümer ist.
2. Alle über diese Schranken hinausgehenden Verfügungen des Fiduziars geben dem Substituten nicht nur in der Regel das Recht, sofortige Cautionsbestellung von Jenem zu fordern, sondern er kann sie auch, nach eingetretenem Snbstitutionsfalle, als ungültig behandeln, so weit sie nicht zur Befriedigung von Legaten oder Nachlaß-Schulden gedient haben, oder durch die auf den Glauben des Hypothekenbuchs gegründete Redlichkeit des Dritten aufrecht erhalten werden. —

Vergleichen wir dieselben mit dem Justinianischen Rechte, so finden wir wesentliche materielle Uebereinstimmung. Das Unterscheidende liegt vornehmlich darin, daß dort die Veräußerungsbeschränkung des Fiduziars dem Rechtsverhältnisse als etwas an sich Fremdes äußerlich angefügt war, während sie aus den im Pr. R. angenommenen Grundprincipien naturgemäß sich entwickelt. Nach Pandektenrecht war allerdings in dieser Hinsicht das Recht des Fideicommissars formell schwächer, allein andererseits seinem Erfolge nach durch die unbedingte Verpflichtung des Erben zur Cautionsleistung, welche durch missio in bona erzwungen werden

Digitized by Google

konnte, wohl gesichert. Hat nun das Pr. Recht diese Sicherheit durch Einschränkung der Cautionspflicht erheblich geschmälert, so mußte billigerweise dem Substituten hierfür ein Aequivalent gewährt werden, und dies ist, nach meiner Auffassung, eben dadurch geschehen, daß seinem Rechte dingliche Wirksamkeit beigelegt ist. Will man dies läugnen, so stellt man den Substituten, trotz seiner Erbenqualität, schlechter, als er zur Zeit der Pandektenjuristen stand, wo er doch nur ein Forderungsrecht hatte. —

IV.

Aus Vorstehendem wird sich auch die letzte Frage ohne Schwierigkeit beantworten lassen, wie sich der Hypothekenrichter zu verhalten habe, wenn ihm Rechte des Fiduziars, über welche derselbe keine freie Verfügung hat, oder Dispositionen, zu deren dauernder Wirksamkeit es der Einwilligung des Substituten bedurfte, zur Eintragung präsentirt werden. — Beides kann in Betreff von Nachlaß-Grundstücken und Hypothekforderungen vorkommen.

A. Anlangend die ersteren, so ist

1. durch § 80 Tit. II der Hyp.-Ordnung und § 28 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 in Verbindung mit dem Rescr. vom 5. October 1838 (Jahrb. Bd. 52 S. 593) sachgemäß vorgeschrieben, daß der Besitztitel zwar für den Fiduziar berichtigt, das Recht des Substituten aber, als Dispositionsbeschränkung, in Rubr. II von Amtswegen eingetragen werden soll. — Ist dies geschehen, so können alle späteren Dispositionen des Fiduziars, sowohl Eigenthumsveräußerungen, als Bestellung anderer dinglicher Rechte, unbedenklich eingetragen werden, da dieselben bis zum Eintritt des Substitutionsfalls an sich Gültigkeit haben, und das sie bedrohende Recht des Substituten durch die Eintragung jedem Dritten erkennbar gemacht ist.

2. Hat der Fiduziar vor Eintragung seines Besitzrechts das Grundstück an einen Dritten veräußert, und soll für diesen unmittelbar der Besitztitel berichtigt werden, so muß auch hierbei das Recht des Substituten vermerkt werden; denn der Erwerber kann nicht mehr Rechte haben, als sein Auctor hatte, da ihm der Glaube des Hypothekenbuchs nicht zur Seite steht. Aber selbst wenn man mit Bornemann annehmen wollte, daß seine Redlichkeit ihn schütze, so wäre doch zu beachten, daß er aus den Legitimationsurkunden Kenntniß von der Beschränktheit des Rechts seines

Digitized by Google

Auctors gewinnen mußte, also niemals in gutem Glauben sich befinden konnte.

3. Hat der Richter aus Versehen die rechtzeitige Vermerkung der Substitution unterlassen, so kann er dieselbe jeder Zeit von Amtswegen nachholen, so fern der Besitztitel noch für den Fiduziar oder dessen ersten Successor berichtigt ist, natürlich unbeschadet der Rechte Dritter, welche inzwischen redlicher Weise auf das Grundstück erworben sind.

B. In Hinsicht auf Hypothekenrechte steht m. E. Nichts entgegen, nach analogen Grundsätzen zu verfahren. — Denn jene Vorschrift des § 80 Tit. II Hyp.-Ordnung und § 28 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 soll ja nicht etwa dem Substituten grade in Betreff der Grundstücke ein singuläres Recht verleihen, welches er sonst nicht hätte (dazu wäre auch die Hypotheken-Ordnung nicht der schickliche Ort gewesen): sondern sie ist eine einfache Anerkennung und Anwendung des materiellen Grundsatzes, daß das dingliche Recht des Fiduziars ein beschränktes ist, und hat den besonderen Zweck, zu verhindern, daß Dritte, gestützt auf den Glauben des Hypothekenbuchs, mehr Rechte von dem Fiduziar erwerben, als dieser redlicherweise übertragen konnte, und daß dadurch das Anrecht des Substituten vereitelt werde. — Da nun nach § 15 des G. v. 24. Mai 1853 die gleiche Möglichkeit bei Hypothek-Posten vorliegt, so hat der Hypothekenrichter auch dieselbe Pflicht, den Substituten gegen Verkümmerungen seines Rechts zu schützen, welche derselbe durch das formale Princip der Hypothekenordnung, ohne die Möglichkeit der Abwehr, erleiden würde. Es ist dies auch nicht, — wie wohl behauptet worden — eine ungerechtfertigte Fürsorge für die Rechte Dritter: denn, daß des Anspruchs des Substituten erwähnt wird, geschieht, tiefer aufgefaßt, nicht um seiner selbst willen, sondern es ist der Ausdruck für die dadurch bewirkte Beschränkung des fiduziarischen Rechts; es würde ein Verstoß gegen die juristische Wahrheit sein, denjenigen als unbeschränkten Eigenthümer in das Hypothekenbuch einzutragen, der es in der That nicht ist. — Daß die Hyp.-Ordnung eine dem § 80 cit. entsprechende Bestimmung rücksichtlich der Hypothekforderungen nicht getroffen hat, erklärt sich hinreichend dadurch, daß damals keine Veranlassung dazu vorlag. Bekanntlich wurden alle Urkunden, welche auf die späteren Schicksale solcher Forderungen, namentlich auch auf den Wechsel in der Person des Berechtigten Bezug hatten, dem Documente angeheftet, und jeder Erwerber war daher in der Lage, die Berechtigung aller Vorgänger prüfen zu können und zu müssen, da ihn die Eintragung des Rechts seines Auctors nicht sicherte. Erst die

Digitized by Google

abändernde Bestimmung des § 14 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 führte folgerichtig zum § 15 ibid. (cf. Art. 8 der Instr. v. 28. Aug. 1853), und letzterer macht wiederum, wie wir sahen, die analoge Anwendung des § 80 cit. nöthig. — Mit Rücksicht darauf, daß es bei Umschreibung von Hypothekposten an einer besondern Rubrik für Dispositionsbeschränkungen fehlt, wird daher Folgendes anzunehmen sein:

1. Verlangt der Fiduziar die Umschreibung einer Nachlaßforderung auf seinen Namen, so ist dem zwar stattzugeben, indessen in dem desfallsigen Vermerke der Beschränkung durch die Substitution Erwähnung zu thun, etwa dahin: „Vererbt laut Testaments von ꝛc. auf den N. N., welchem der X fideicommissarisch substituirt ist ꝛc."
2. Auch die Eintragung fernerer Cessionen oder anderer Subinscriptionen ist nur mit Vorbehalt der Rechte des Substituten, welcher nicht eingewilligt hat, zu bewirken.

Hiernach hat in dem Eingangs gedachten Falle das Kreisgericht zu Stettin die einfache Umschreibung für die Cessionare mit Recht abgelehnt; auf Umschreibung mit Vorbehalt würde es vermuthlich eingegangen sein, wenn der Antrag darauf gerichtet gewesen wäre.

Nr. 7.

Müssen Renten, welche in Ablösungs-Rezessen übernommen werden, ohne daß die Abfindung des berechtigten Grundstücks durch die Rentenbank vermittelt wird, auf Antrag der General-Commission auch dann eingetragen werden, wenn die abgelösten Prästationen zu den § 48 Titel I der Hypotheken-Ordnung bezeichneten gehörten und im Hypothekenbuche nicht eingetragen waren?

§ 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 24. Mai 1853, Artikel 1 der Instruktion vom 3. August 1853,
§ 18 des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850,
§ 38 der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821,
§§ 48, 49 Titel I der Hypotheken-Ordnung,
§§ 49, 51 der Konkurs-Ordnung,
§§ 454, 455, Theil I Titel 16 Allgemeinen Landrechts.

Vom Kreisgerichts-Direktor Wettich in Zielenzig.

Die oben formulirte Frage ist neuerlich zwischen einer Anzahl von Gerichten und einer General-Commission controvers geworden. Jene

Digitized by Google

haben sie verneinend, diese bejahend beantwortet. Es soll hier versucht werden, die letztere Ansicht als den bestehenden Gesetzen entsprechend, zu begründen.

1. Zunächst ist es § 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1853, der bei Entscheidung dieser Frage in Betracht kommt, und der dahin lautet:

> „Aus den von den Auseinandersetzungsbehörden bestätigten Rezessen ist nur der auf folgende Fälle bezügliche Inhalt in das Hypothekenbuch in Kürze einzutragen:
>
> (A.) 1) wenn ein im Hypothekenbuche ausdrücklich vermerktes Sach- und Rechtsverhältniß aufgehoben oder verändert wird;
>
> (B. 1.) 2) wenn ein berechtigtes Grundstück durch Kapital entschädigt wird, sei es, daß dasselbe baar oder in Rentenbriefen gezahlt wird;
>
> (B. 2.) 3) wenn ein verpflichtetes Grundstück eine Rente oder andere Last neu übernimmt, ohne daß die Abfindung des berechtigten Grundstücks durch die Rentenbank vermittelt wird. Tritt die Vermittlung der Rentenbank ein, so behält es bei dem § 18 des Gesetzes vom 2. März 1850 über Errichtung von Rentenbanken sein Bewenden."

Die hier in Parenthese beigefügten Littern und die mit gesperrtem Druck hervorgehobenen Worte ergeben auf einen Blick die Gliederung dieses Paragraphen und stellen es klar, daß unter Nr. 3 nur von solchen Renten und Lasten die Rede ist, welche das Aequivalent für nicht eingetragene Verpflichtungen bilden. — Der darin allegirte § 18 des Rentenbankgesetzes hat denselben hier sub A und B hervorgehobenen Gegensatz und verordnet für die auf die Rentenbank übernommenen Renten in dem Fall sub A die Eintragung der Rentpflichtigkeit im Allgemeinen, wogegen für den Fall sub B die Eintragung ausgeschlossen wird. — Der Artikel 1 der Instruktion vom 3. August 1853 bezieht sich auf Nr. 3 des § 1 cit. nur in seinem Schlußsatz, und zwar verhält er sich dazu als eine Ergänzung, indem er darauf aufmerksam macht, daß es auch einen Fall der Ablösung in Kapital giebt, wo die Eintragung auf dem verpflichteten Grundstück erfolgen muß, auch wenn das aufgehobene Sach- und Rechtsverhältniß nicht im Hypothekenbuch vermerkt war. Ohne diese Ergänzung hätte § 1 der Novelle, besonders die Worte des Eingangs: „nur der auf folgende Fälle bezügliche Inhalt" dazu verleiten können, die Bestimmung § 3 der Verordnung vom 29. Juni 1835 für beseitigt zu erachten.

Hiernach ergiebt sich für die Eintragung der Renten aus den Bestimmungen der Novelle, wenn man einstweilen von der Bedeutung der Worte: „neu übernimmt" noch absieht, die Regel:

Digitized by Google

daß, falls das entsprechende Sach- und Rechtsverhältniß im Hypothekenbuch bereits vermerkt war, alle Renten (rücksichtlich der auf die Rentenbank übernommenen, wenigstens die Rentpflicht im Allgemeinen, —) entgegengesetzten Falls aber alle Renten mit Ausnahme der auf die Rentenbank übernommenen eingetragen werden müssen.

2. Im Grunde setzte hiermit die Novelle nichts Neues fest. Denn, wenn § 38 der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 bestimmt:

daß die für die abgelösten Abgaben, Zehnten und Dienste festgesetzten Renten oder Kapitalien dasselbe Vorrecht vor allen hypothekarischen Forderungen genießen sollen, welches den Abgaben und Leistungen selbst zustand, daß aber zur Erhaltung desselben die Berechtigten binnen einer Präclusivfrist die Eintragung nachsuchen müssen,

und wenn dazu § 3 des Gesetzes vom 29. Juni 1835 verordnet, daß nicht die Berechtigten die Eintragung nachzusuchen haben, sondern die Generalcommissionen verpflichtet sind, die Eintragung von Amtswegen zu besorgen,

so ergiebt sich im Vereine mit § 18 des Rentenbankgesetzes derselbe Rechtszustand, welcher sub 1 als der durch die Novelle fixirte dargelegt ist, und es kann gegen das zu 1 vorläufig hingestellte Resultat nicht eingewendet werden, daß darnach die Novelle im Widerspruch mit ihrer durch Artikel 1 der Instruktion ausdrücklich hervorgehobenen Tendenz, die Zahl der Fälle, in welchen Eintragung nothwendig, selbst vermehrt haben würde.

3. Dagegen ist nun die Frage näher zu erörtern, wie sich der § 1 der Novelle und die unter 2 hervorgehobenen gesetzlichen Bestimmungen zu dem in § 48 und 49 Titel I der Hypothekenordnung bezeichneten Gegensatz verhalten? Muß nicht unterschieden werden, ob die frühern Prästationen unter § 48 oder unter § 49 cit. gehörten, und richtet sich darnach nicht auch die Eintragungsfähigkeit der in ihre Stelle getretenen Renten? Ist sonach der zu 1 angenommene Satz nicht auf diejenigen Renten einzuschränken, welche in Stelle von Prästationen nach § 49 cit. getreten sind?

Die frühere Gesetzgebung (cfr. sub 2) giebt für eine solche Unterscheidung gar keinen Anhalt, und das Rescript vom 3. März 1837 (cfr. von Rönne, Ergänzungen III pag. 709) kann als Zeugniß gelten, daß in der Praxis die gesetzlichen Bestimmungen

Digitized by Google

ganz zweifellos in dem oben festgestellten Sinne aufgefaßt worden sind, indem es sub I beginnt:

> So viel die Frage anlangt, ob wenn gutsherrliche Abgaben, welche zu den im § 48 Titel I der Hypotheken-Ordnung bezeichneten gehören, im Wege des Ablösungs-Verfahrens in Rente verwandelt werden, die dieser Rente nach § 38 der Ablösungs-Ordnung zustehende Priorität vor andern bereits eingetragenen Forderungen bei der Eintragung im Hypothekenbuche vermerkt werden muß, so macht ꝛc.

In Betreff der Novelle dagegen findet man die Berechtigung zu jener Unterscheidung in den Worten § 1 Nr. 3: „wenn ein Grundstück eine Rente „neu übernimmt."

4) Es ist demnach näher zu erörtern, was unter „neu übernommenen" Renten im § 1 Nr. 3 zu verstehen ist?

Offenbar geht es über das Ziel hinaus, wenn die Gegner sagen: Neu übernommen wird eine Rente von einem verpflichteten Grundstücke nur dann, wenn eine ihr entsprechende Reallast bis dahin auf demselben noch nicht haftete. Denn dadurch würden nicht bloß die Fälle, wo die alte Prästation unter § 48. I. der Hypotheken-Ordnung gehörte, sondern auch die Fälle des § 49 ibidem von der Eintragung ausgeschlossen, während es doch gewiß nicht zweifelhaft sein kann, daß die Rente eingetragen werden muß, wenn schon die ursprüngliche Reallast der Eintragung bedurfte, und der Verpflichtete — wie ja im Rezeß stets geschieht — ausdrücklich in die Eintragung willigte.

Ganz kommt man über diesen Einwand auch nicht hinaus, wenn man den Satz dahin faßt:

> In die Kategorie der neu übernommenen Renten gehören nur die, für welche der Rezeß neuer und einziger Rechtsgrund ist. Werden Lasten, die auf Verfassung beruhen, nur in Renten verwandelt, so sind die Renten zwar als solche, nicht aber als Reallasten neu übernommen; der Rezeß bestimmt nur Art und Umfang der Leistung, den eigentlichen Rechtsgrund bildet nach wie vor die Verfassung.

Auch mit diesem Satz würde man nicht bloß die für nicht eingetragenen Reallasten des § 48, sondern auch die für solche des § 49 ausgewiesenen Renten von der Eintragung ausschließen. Denn es ist nicht abzusehen, wie die Rentenverwandlung bei Reallasten des § 49 anderer Natur sein sollte, als bei denen des § 48 cit. Will man aber die Eintragung der ersten Kategorie dennoch zulassen, so verstößt man gegen § 1 Nr. 3 der Novelle, indem man Renten einträgt, welche man selbst als nicht neu übernommen prädicirt.

Digitized by Google

Es führt aber die letztere Auffassung zur richtigen Interpretation des Paragraphen, indem sie hervorhebt, daß die zu entscheidende Frage davon abhängig ist, ob der Rezeß novirt oder nicht. Im letzteren Falle müßte ja allerdings der frühere Titel entscheiden, im ersteren lediglich der Rezeß. Fragt man nun aber, ob § 1 Nr. 3 der Novelle für oder gegen die Novationsnatur des Rezesses spricht, so wird man sich für die erstere Alternative zu entscheiden haben. Denn bei dieser Auslegung gewinnt das Wörtchen: „neu" einen guten klaren Sinn; es wird durch dasselbe eben jene Natur des Rezesses ausdrücklich hervorgehoben und anerkannt. Der Gegensatz gegen die übernommenen Renten wird dann nicht durch eine andere Art von Renten, welche in Rezessen als nicht neue übernommen würden, gebildet, sondern er liegt lediglich in dem alten aufgehobenen Rechtsverhältniß, in dessen Stelle die neue Rente tritt. Verwirft man dagegen die Novationsnatur des Rezesses, so bleibt nur der Gegensatz zwischen neuen und nicht neuen, als zwischen verschiedenen Arten von Renten, welche in Ablösungs-Rezessen übernommen werden können. Und dann wird es eben schwer halten, nicht in das obige Dilemma zu gerathen.

5. Indessen ist zuzugeben, daß § 1 Nr. 3 die Natur des Rezesses als Novation nicht so zweifellos ausspricht, daß sie lediglich aus dieser Gesetzesstelle bewiesen werden könnte. Es ist deshalb auf die Frage, ob der Rezeß novire, noch näher einzugehen.

Was dabei

a. zuvörderst den Begriff der Novation anlangt, so stellt denselben § 454 Theil I Titel 16 Allgem. Landrechts dahin auf:

> „Wird eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der vorigen gesetzt, so erlöscht diese letztere durch Umschaffung"

und § 455 ibid. fügt hinzu:

> „Ist die neue Verbindlichkeit so beschaffen, daß die vorige Verbindlichkeit mit ihr zugleich nicht bestehen kann, so erlöscht die vorige, wenn auch eine ausdrückliche Aufhebung derselben nicht erfolgt wäre."

Sollte nun dieser Begriff nicht genau passen auf die in Ablösungsrezessen festgestellten Rentenverwandlungen? Der Zweck der Ablösungen wie der Separationen ist: veraltete wirthschaftliche Zustände zu beseitigen und durch neue zu ersetzen. Conservirt wird dabei nur der frühere Werth: dieser wird im Aequivalent in neuer Gestalt gewährt, und dies geschieht, indem das alte Rechtsverhältniß, welches ihn getragen, aufgehoben, und ein neues in dessen

Digitized by Google

Stelle gesetzt wird. Zwar tritt der solchergestalt neu gewährte Werth in alle rechtlichen Beziehungen des frühern ein, jedoch nur soweit es nöthig ist, die Identität des Werths zu sichern, und zwar nicht bloß für die unmittelbaren Träger des Rechtsverhältnisses, sondern auch für andere Betheiligte; es haften ihm daher alle Berechtigungen gegen Dritte an, die jener gehabt und er haftet ebenso allen Dritten, wie jener gethan; er ist Lehn, wenn er in Stelle eines Lehns trat, Fideicommiß, wenn er ein Fideicommiß ersetzt; er genießt dasselbe Vorrecht wie früher. Dies alles aber geschieht nicht durch Festhaltung des alten Rechtsverhältnisses, sondern durch positive Vorschrift. Jenes wird zerstört, ein neues tritt an die Stelle. Beide können auch nicht nebeneinander bestehen. Verwandlung schließt das Fortbestehen des verwandelten Gegenstandes aus, und es findet also ebensowohl § 455 wie § 454 l. c. auf das Verhältniß Anwendung.

Daß überhaupt die Verwandlung einer Reallast in eine andere, auch ohne ausdrückliche Erklärung der Interessenten, Aufhebung der früheren Verpflichtung bewirkt, folgt auch schon daraus, daß dasselbe Resultat auch durch Verjährung herbeigeführt werden kann (§ 924, Theil II Titel 11 Allgemeinen Landrechts).

Mit Recht wird deshalb nicht bloß die Ablösung im engern Sinne, sondern auch die Rentenverwandlung unter die Aufhebungsgründe der Reallasten gerechnet (cf. Koch Privatrecht § 354.). *)

Wenn eingewendet wird, daß der Rezeß der res judicata gleichstehe, diese aber nicht novire, so sind diese Sätze zwar an sich richtig, die Folgerung aber, daß sonach auch der Rezeß nicht noviren könne, dennoch zu bestreiten. Denn der Rezeß stellt jedenfalls einen ganz besonderen, complicirten Fall der res judicata dar, auf welchen nicht Alles ohne Weiteres zu übertragen ist, was vom einfachen und regelmäßigen Fall gilt. Er umfaßt drei Momente, indem er:

a) die abzulösende Prästation und
b) das Aequivalent feststellt, sodann aber
c) die Substitution des Letzteren in die Stelle des Ersteren ausspricht.

In Bezug auf die Momente ad a und b entspricht die Feststellung des Rezesses dem einfachen Fall der res judicata und dafür

*) Vergl. auch v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts § 169 Note 9. (7. Auflage. Jena 1860).

Digitized by Google

würde, wenn nicht das dritte Moment hinzukäme, auch die Regel gelten, daß res judicata nicht novirt. Dieses dritte Moment ist aber eben das novirende Element im Rezesse und mit Rücksicht auf dasselbe, würde es ein Widerspruch in sich selbst sein, wollte man dem Rezeß überhaupt die novirende Kraft absprechen. Novation und rechtskräftiges Urtheil schließen einander begrifflich nicht aus. Die Eigenschaft, res judicata zu sein, ist wesentlich formeller Natur und kann wie in der Adjudicatoria bei nothwendiger Subhastation dem Rechtsverhältniß des Kaufes, so auch andern, durch positive Vorschrift beigelegt werden, darf aber sicher die wesentliche Natur des Verhältnisses, welchem sie hinzutritt, nicht aufheben, sondern kann sie nur modificiren. Man könnte demnach sagen: der Rezeß ist eine unter obrigkeitlicher Vermittelung und Leitung zu Stande gekommene, und deßhalb mit den Wirkungen der res judicata ausgestattete Novation.

b. Was sodann die Wirkungen der Novation anlangt, so bestehen sie hauptsächlich in der Vernichtung der aus dem früheren Verhältniß hergeleiteten Einreden und sodann in der Aufhebung der accessorischen Rechte. In ersterer Beziehung findet die Regel in Betreff der Rezesse durch § 170 der Verordnung vom 20. Juni 1817 in Verbindung mit § 10 des Gesetzes vom 7. Juni 1821, betreffend die Ausführung der Ablösungs-Ordnung, volle Bestätigung. In Betreff der accessorischen Rechte dagegen verordnet das Gesetz ausdrücklich, daß die in die Stelle der abgelösten Rechte tretenden Renten und Kapitalien dasselbe Vorrecht haben sollen, wie jene (§ 38 der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821). Allein diese gesetzliche Bestimmung kann nur zur Bestätigung des Satzes dienen, daß der Rezeß novirt. Denn eben weil durch die vorgenommene Novation die Vorrechte und accessorischen Berechtigungen des alten Rechtes untergehen, war es nöthig, um dem Aequivalente dennoch den Werth des aufgehobenen Rechtes zu sichern, daß durch ausdrückliche positive Satzung festgestellt wurde, daß es dasselbe Vorrecht genießen solle, wie jenes. Es wird nicht das frühere Vorrecht, oder das frühere Pfandrecht conservirt, sondern durch Gesetz ein neues, jenem gleichstehendes verliehen, und dabei ausdrücklich verordnet, daß die Eintragung erfolgen muß, wenn es nicht verloren gehen soll.

6. Ist hiermit die Novationsnatur des Rezesses dargethan, so folgt mit Rücksicht auf § 469 Theil I Titel 16 Allgemeinen Landrechts

Digitized by Google

von selbst, daß die in Stelle von Reallasten des § 48. I. Hypotheken-Ordnung getretenen Renten die jenen beiwohnende Eigenthümlichkeit, daß sie der Eintragung weder fähig noch bedürftig sind, nicht conserviren, und es bliebe für die Ansicht, daß solche Renten nicht einzutragen seien, nur noch übrig, den Grund dafür in deren eigener Natur und Beschaffenheit nachzuweisen. In der That ist denn auch die Meinung aufgestellt worden, der Ablösungs-Rezeß sei nicht ein specieller Titel, wie ihn § 49. I. Hypotheken-Ordnung verlange, sondern ein genereller Titel nach § 48 ibidem. Das würde also darauf hinauslaufen, daß in Stelle der beseitigten und aufgehobenen Verfassung fortan der Rezeß die Ortsverfassung bilde. Allein, wenn auch der Rezeß alle Fälle einer gewissen Art in einem bestimmten Bezirk umfaßt, so darf man daraus dennoch nicht den Schluß ziehen, daß er die Natur einer Ortsverfassung habe. Eine in lebendiger Wirksamkeit bestehende Verfassung ergreift auch alle neu hervortretenden Fälle derselben Art, also namentlich neue Ansiedlungen. Diese Kraft wird man dem Rezeß nicht zuschreiben können, er ist nur ein Aggregat spezieller Titel und hat über die unter ihm beschlossenen Fälle hinaus keine Kraft. Daneben kann es freilich geschehen, daß er für künftig hervortretende Fälle zur Norm angenommen wird und daß sich im Anschluß an ihn eine neue Verfassung entwickelt. Dann bildet er aber eben nur ein *Moment* in der neuen Verfassung, er selbst ist aber nicht *die Verfassung*. Es erscheint deßhalb unzulässig, die Anwendung des § 48. I. Hypotheken-Ordnung unmittelbar auf den Rezeß zu gründen.

7. Fragt man nun schließlich: Welches ist die *praktische Bedeutung* der ganzen hier verhandelten Frage, so ist hinzuweisen auf § 38 der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 und auf § 49 und 51 der Konkurs-Ordnung. Bedürfen die bezeichneten Renten der Eintragung und werden dennoch nicht eingetragen, so verlieren sie eben dadurch ihr Vorrecht. Nach Art. 10 des Gesetzes v. 8. Mai 1855 sind unter § 49 der Konkurs-Ordnung nur die im § 48. I. der Hypotheken-Ordnung bezeichneten Lasten begriffen, alle andern Reallasten haben das Vorrecht § 51 der Konkurs-Ordnung, jedoch nur, sofern sie eingetragen sind.

Es könnte scheinen, als erwüchse aus diesen Bestimmungen der Konkurs-Ordnung der hier vertheidigten Ansicht noch eine besondere Schwierigkeit. Wenn nemlich die in Stelle von Reallasten

Digitized by Google

des § 48 der Hypotheken-Ordnung getretenen Renten nicht unter § 48. I. der Hypotheken-Ordnung gehören, so haben sie auch nicht das Vorrecht § 49 der Konkurs-Ordnung, also auch nicht das Vorrecht der aufgehobenen Prästationen, welches sie nach § 38 der Ablösungs-Ordnung doch genießen sollen. Dieses Bedenken erledigt sich aber dadurch, daß dergleichen Renten eben mit ihrem Vorzugsrecht ausdrücklich einzutragen sind. — Unter dieser Voraussetzung wird der Vorschrift § 38 cit. entsprochen, ohne daß gegen die Regeln der Konkurs-Ordnung verstoßen wird, denen gegenüber der Fall ebenso wie bei einer privaten Prioritäts-Einräumung, als eine aus dem Hypothekenbuche selbst sich ergebende Ausnahme darstellt.

Hingegen kann grade in den Bestimmungen der Konkurs-Ordnung eine Bestätigung der obigen Ausführungen gefunden werden. Denn sie führt im § 49, also unter den durch § 48. I. der Hypotheken-Ordnung bezeichneten Lasten nur diejenigen auf, welche auf Gesetz oder Verfassung beruhen, ohne der in Stelle solcher Lasten durch Ablösung getretenen Renten zu gedenken. Derselbe Gesetzgeber aber, welcher unmittelbar vorher im § 48 nicht verschmähete, die auf die Rentenbank übernommenen Renten und die Domainenrenten ausdrücklich zu erwähnen, ungeachtet dies nach § 18 des Gesetzes vom 2. März 1850 entbehrlich war, und der damit an den Tag legt, daß er der durch die Agrargesetzgebung ins Leben gerufenen Rechtsverhältnisse sehr wohl eingedenk war, würde nicht unterlassen haben, auch bei § 49 die unter diesen Paragraphen gehörigen Renten zu erwähnen, wenn er angenommen hätte, daß dergleichen unter diese Bestimmung fielen.

8. Sollte es in Vorstehendem gelungen sein, die Richtigkeit des zu 1 aufgestellten Satzes de lege lata nachzuweisen, so darf doch nicht verkannt werden, daß de lege ferenda im Interesse der Hypothekenbuchführung eine Abänderung, welche es ermöglichte, von Eintragung der Renten aus Ablösungs-Rezessen Abstand zu nehmen, wohl wünschenswerth wäre. Es könnte das für den Verkehr schwerlich ein Bedenken haben, da schon bei dem jetzigen Stande der Sache der Käufer eines Grundstücks rücksichtlich der etwa darauf haftenden Renten sich mit Einsicht des Hypotheken-Buchs nicht begnügen kann, sondern genöthigt ist, anderweit Erkundigungen einzuziehen.

Digitized by Google

Nr. 8.

Die Sorge der Vormundschafts-Behörden für die persönlichen Verhältnisse, namentlich die Erziehung der Mündel, die Erziehungsberichte in Vormundschafts-Sachen, Mitwirkung der Geistlichen bei denselben und das Institut des Familienraths.

Von Dr. Silberschlag, Stadt- und Kreisgerichts-Rath in Magdeburg.

Das Allgemeine Landrecht schreibt vor, daß das Vormundschaftsgericht nicht blos für die Vermögens-Interessen, sondern auch für das persönliche Wohl, namentlich also auch für die Erziehung der Pflegebefohlenen sorgen soll. In letzterer Beziehung ist dem Vormunde die Pflicht auferlegt, dem Gericht jährlich einen Erziehungsbericht einzureichen, durch den das Gericht von den persönlichen Verhältnissen des Mündels Kenntniß erhalten und dadurch in den Stand kommen soll, auf diese einzuwirken.

Ueber den Nutzen dieser Erziehungsberichte sind die Ansichten getheilt. Koch sagt darüber in seinem mit Recht geschätzten Commentar zum A. L. R. zu § 327 Th. II Tit. 18:

> „Eine nutzlosere Arbeit ist noch nie vorgeschrieben, als diese sogenannten Erziehungsberichte in armen Vormundschafts-Sachen sind.“....

Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten. Es mag sein, daß die meisten Erziehungsberichte lediglich zu den Akten geschrieben werden und dem Vormunde, wie dem Gerichte nur eine unnütze Arbeit verursachen. Es kommt aber auch nicht selten vor, daß der Vormund selbst erst durch die Erstattung dieses Berichts und die bei Gelegenheit desselben von Lehrern und Erziehern der Pflegebefohlenen gemachten Bemerkungen auf Manches aufmerksam wird, was er zum Besten derselben thun kann. Oefters giebt auch der Erziehungsbericht dem Vormundschafts-Gericht Anlaß zu Handlungen im Interesse des Mündels.

Im Laufe des letzten Jahrzehents ist es nun in den meisten Gerichtsbezirken unseres Staats, in welchen das A. L. R. gilt, üblich geworden, nicht blos die Erziehungsberichte den Geistlichen zur Aeußerung vorlegen, sondern auch durch die Geistlichen Conferenzen abhalten zu lassen, in welchen die Vormünder Behufs Berathung über Erziehung und persönliche Verhältnisse ihrer Pflegebefohlenen zu erscheinen haben.

Dies Institut hat sich, was die ländliche Bevölkerung betrifft, soweit unsere Erfahrung reicht, im Allgemeinen gut bewährt. Der Landgeistliche kennt in der Regel sehr wohl die Mitglieder seiner Gemeinde und deren Verhältnisse; er ist daher wohl in der Lage, den Vormündern

Digitized by Google

in Bezug auf Führung ihres Amtes im Allgemeinen und Erziehung der Pflegebefohlenen insbesondere passenden Rath zu ertheilen.

Weniger erfolgreich ist in dieser Beziehung in der Regel die Thätigkeit der Geistlichen in größern Städten. In letzteren gehören öfter als auf dem Lande die Vormünder einer andern Confession an als ihre Pflegebefohlenen und als die Geistlichen, zu deren Conferenz sie vorgeladen werden; die Geistlichen in größeren Städten kennen in der Regel die Personen und Verhältnisse ihrer Gemeindeglieder nicht so gut, als die Landgeistlichen; es kommt häufig vor, daß die Vormünder sich weigern, die Conferenz der Geistlichen zu besuchen.

Namentlich pflegt dies letztere dann zu geschehen, wenn die Geistlichen, was sie nicht selten thun, diese Conferenzen auf Sonntage ansetzen und dieselben nicht vom Standpunkte einer bürgerlichen, sondern von dem einer religiösen Amtshandlung ansehn.

Die Festsetzung von Ordnungsstrafen gegen Vormünder, welche den Besuch der Conferenzen der Geistlichen verweigern, ist nun, abgesehn von manchen andern Gründen, welche dagegen sprechen, schon um deswillen nicht rathsam, weil von einer Conferenz, deren Besuch durch die Furcht vor einer Ordnungsstrafe erzwungen ist, Nichts Ersprießliches zu erwarten ist.

Soll man nun aber diese Conferenzen gänzlich wieder eingehen lassen?

Dies ist eine Frage, in Bezug auf welche, soviel uns bekannt ist, die Ansichten der Praktiker getheilt sind. Nach unseren Erfahrungen würden wir uns für Beibehaltung dieser Conferenzen entscheiden, jedoch mit der Maßgabe, daß deren Besuch oder Nichtbesuch lediglich dem freien Willen der Vormünder überlassen bliebe. Soviel diese Conferenzen auch an sich zu wünschen übrig lassen, so scheinen sie uns doch ein Mittel zu sein, den großen Mängeln, welche unsere Vormundschafts-Ordnung gerade auch in Bezug auf die Sorge für die persönlichen Verhältnisse der Pflegebefohlenen hat, wenigstens in etwas abzuhelfen.

Nach den Bestimmungen des A. L. R. wird der Vormund, wenn er nicht ein testamentarisch befreiter ist, in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens der Pflegebefohlenen aufs Schärfste controlirt; ebenso soll er auch in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse der Pflegebefohlenen der Leitung des Vormundschaftsgerichts folgen, aber der Richter hat nur in sehr beschränkter Weise die Möglichkeit, in dieser Beziehung den Vormund zu controliren; was er in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse der Mündel weiß und erfährt, erfährt er fast nur durch

Digitized by Google

den Vormund selbst. Daher hängt das ganze persönliche Wohl der Bevormundeten, wenn diese keine Mutter mehr haben, lediglich vom Zufall und der Person des Vormunds ab. Ist dieser unverständig oder nachläßig und pflichtvergessen, so ist es dem Richter nur höchst selten möglich, günstig auf die Erziehung der Pflegebefohlenen einzuwirken. Der Hauptgrund dieses Mangels, dem durch die Conferenzen der Geistlichen mit den Vormündern nur in sehr beschränkter Weise abgeholfen werden kann, liegt in dem Grund-Principe unserer Vormundschafts-Ordnung.

Das Einfachste und Natürlichste ist offenbar, daß, wenn jemand mit Hinterlassung unmündiger Kinder stirbt, neben der Mutter die nächsten Verwandten die Aufgabe übernehmen, Vaterstelle am Kinde zu vertreten.

Statt nun aber die Sorge für die Waisen der Familie unter Aufsicht des Staats zu übertragen, hat das A. L. R. diese Sorge direct dem Staate übertragen, der dabei als Organ den Vormund verwendet, so daß dieser als ein vom Staate angestellter Beamte erscheint.

Durchaus verschieden ist das Princip, von welchem das auch in unserer Rheinprovinz geltende französische Recht in Bezug auf die Vormundschaften ausgeht. Dasselbe giebt bekanntlich die Hauptleitung der Vormundschaft in die Hände des Familienraths. Dieser wird gebildet aus den sechs nächsten Verwandten oder Verschwägerten der zu bevormundenden Person, so jedoch, daß die eine Hälfte der Mitglieder des Familienraths zur väterlichen, die andere Hälfte zur mütterlichen Linie der Verwandschaft gehören muß. In den Sitzungen des Familienraths hat der Friedensrichter den Vorsitz. Die näheren Einzelheiten dieses Instituts sind in Art. 405 ff. des code Napoléon und in Zachariae's Handbuch des Französischen Civilrechts § 25 ff. beschrieben.

Dasselbe ist kein Product der Französischen Revolution, sondern aus dem Gewohnheitsrecht entnommen, welches in einzelnen Provinzen Frankreichs schon seit Jahrhunderten Geltung gehabt hat.

Was nun die persönlichen Verhältnisse, insbesondere die Erziehung der Mündel betrifft, so bedarf es wohl keiner Erörterung, daß die Ueberwachung und Leitung des Vormundes der Regel nach besser und wirksamer durch die meistens in täglicher Verbindung mit dem Mündel lebenden Verwandten des Mündels und den Friedensrichter erfolgen kann, als durch einen Gerichtshof, welcher meistens doch nur durch schriftliche Berichte Kenntniß vom Mündel bekommt.

Der Grundsatz, die Bevormundung der Unmündigen den nächsten Verwandten, der Familie desselben zu übertragen, ist ein so naturgemäßer,

Digitized by Google

daß er ursprünglich wohl bei allen einigermaßen gebildeten Nationen gegolten hat. Bekannt sind in dieser Beziehung die Vorschriften des ältesten Römischen Rechts, welches freilich nur den Agnaten und Gentilen, nicht auch den Cognaten das Recht der legitima tutela übertrug, weil es überhaupt der Cognation allein nur wenig Bedeutung beilegte. Daß in den meisten neueren Gesetzgebungen, auch im spätern Römischen Recht, die Betheiligung der Familie an Führung der Vormundschaften sehr zurückgedrängt ist, hat wohl seinen Hauptgrund darin, weil man es nicht verstand, diese Betheiligung mit der allerdings nothwendigen Oberaufsicht des Staats gehörig zu verbinden. Ein Versuch, das Princip der Oberaufsicht des Staats mit der Betheiligung der Familie bei der Vormundschaft zu verbinden, ist indessen schon im Alterthum gemacht, und zwar vom Philosophen Platon, welcher in seinem aus 12 Büchern bestehenden Werke über die Gesetze neben dem öffentlichen Recht und Criminalrecht auch eine Anzahl Gegenstände des Civilrechts und des Civilprozesses behandelt. Es ist diese Schrift Platons für den Juristen schon um deswillen von Interesse, weil sie überhaupt von allen theoretischen Schriften über juristische Gegenstände bei Weitem die älteste ist, indem Platon bekanntlich mehrere Jahrhunderte früher lebte, als die Römischen Juristen, von deren Schriften wir Fragmente in den Pandekten haben.

In der erwähnten Schrift Platons heißt es nun wörtlich, Buch 11 § 746, (nach der Susemihl'schen Uebersetzung):

> „Ist jemand gestorben, dessen Kinder Vormünder vonnöthen haben, so soll die Wahl derselben, welche er in seinem Testamente getroffen hat, sowohl hinsichtlich der Personen als der Zahl derselben, gültig sein, wenn anders diese Personen Willens sind, die Vormundschaft zu übernehmen.
>
> Ist er dagegen in einem solchen Falle ganz ohne Testament gestorben oder hat er unterlassen, im Testamente über die Wahl der Vormünder Bestimmungen zu treffen, so sollen die nächsten Anverwandten von väterlicher und mütterlicher Seite und zwar zwei von den ersten und zwei von den letztern die gesetzlichen Vormünder sein, denen dann noch ein fünfter aus der Zahl der Freunde des Verstorbenen beigegeben werden soll. Die genauere Bestimmung ihrer Personen aber soll von den Gesetzverwesern — (dies ist nach Platons Vorschlag eine zur Aufsicht über die Rechtspflege bestimmte Behörde, —) getroffen werden. Ueberhaupt aber sollen über alle Vormundschafts- und Waisen-Angelegenheiten die fünfzehn ältesten von den Gesetzes-Verwesern die Oberaufsicht übernehmen, indem sie sich nach dem Alter so in dieselbe theilen, daß in jedem Jahre ihrer drei diese Geschäfte führen."

Es bedarf keiner weitern Ausführung, wie sehr dieser Gesetz-Entwurf Platons, bei welchem derselbe, wie er weiterhin ausführt, nament-

Digitized by Google

lich die möglichst gute Erziehung der Mündel im Auge hatte, an das Institut des Familienraths erinnert; wie dieser letztere aus sechs Verwandten, dreien von der männlichen und eben so vielen von der weiblichen Linie, besteht, und als Obmann der Friedensrichter wirkt, so wollte Platon von den fünf Vormündern zwei aus der von der Vaterseite und zwei aus der von der Mutterseite her Verwandten und als Obmann einen Freund des Vaters des Mündels nehmen, indem er die dem Staate zukommende Oberaufsicht der Behörde der Gesetzesverweser übertragen wollte. —

Was nun unser heutiges Recht betrifft, so scheint uns gerade wegen der Fürsorge für die persönlichen Verhältnisse und die Erziehung der Mündel die Aufnahme des Instituts des Familienraths in unsere Gesetzgebung höchst wünschenswerth. Bei unserer jetzigen Gesetzgebung, welche die natürliche Berechtigung der Familie in Bezug auf die Bevormundung ihrer Angehörigen fast ganz außer Acht setzte, hängt die Erziehung der Mündel, welche beide Eltern verloren haben, beinahe ganz von der Persönlichkeit des Vormunds und davon, ob die Verwandten des Mündels unaufgefordert und ohne rechtliche Verpflichtung sich desselben annehmen, ab. Die jährlichen Erziehungsberichte und die Conferenzen der Geistlichen haben zwar, soweit unsere Erfahrungen reichen, im Ganzen eine günstige Wirkung, können aber die Mängel nicht gut machen, welche aus dem falschen Grundprinzipe der landrechtlichen Vormundschafts-Ordnung folgen.

Nr. 9.

Genießen die deutschen Standesherren, deren vormals reichsunmittelbare Besitzungen nicht mit dem Preußischen Staate, sondern mit einem andern Bundesstaate vereinigt sind, in Preußen einen privilegirten Gerichtsstand? *)

Mitgetheilt von L.

In dem 49sten Bande der Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals ist Seite 282 ff. ein Erkenntniß des höchsten Gerichtshofs mitgetheilt, welches geeignet ist, unter den Preußischen Juristen Aufsehen

*) Vergl. die Beurtheilung des Prof. Dr. Paul Hinschius in der Preuß. Anwalts-Zeitung 1864 S. 102, und R. Koch in der Deutschen Gerichts-Zeitung 1864 S. 44. (Anmerk. der Red.)

Digitized by Google

zu erregen, weil es die in der Ueberschrift aufgestellte Frage bejahend beantwortet. Es lohnt sich wohl, einige Worte über diese Frage zu sagen.

Das gedachte Erkenntniß geht davon aus, daß der Artikel XIV der Deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 den Standesherren den privilegirten Gerichtsstand als ein persönliches Vorrecht zusichere, so daß sie sich desselben auch in denjenigen Staaten sollen bedienen dürfen, denen ihre ehemals reichsunmittelbaren Besitzungen nicht einverleibt sind. Dies kann zugegeben werden. Bis zum Erlaß der Verordnung vom 2. Januar 1849 konnte in Preußen über den eximirten Gerichtsstand der Deutschen Standesherren überhaupt kein Streit obwalten, weil nach der älteren Gesetzgebung selbst der gesammte niedere Adel einen eximirten Gerichtsstand besaß. Nun bestimmte aber die Verordnung vom 2. Januar 1849 im § 9:

> Der eximirte und privilegirte Gerichtsstand für Personen, Grundstücke und Gerechtigkeiten — — — wird allgemein aufgehoben. Jedermann steht fortan unter dem ordentlichen Gerichte u. s. w.

Durch diese Bestimmung war unzweifelhaft auch der eximirte Gerichtsstand der Standesherren beseitigt. Im Jahre 1854 beschäftigten sich die gesetzgebenden Faktoren damit, die Verletzungen wieder aufzuheben, die den Rechten der Standesherren durch die Gesetzgebung seit dem 1. Januar 1848 zugefügt worden waren, und das Gesetz vom 10. Juni 1854 bestimmte wörtlich:

> „Die Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 stehen einer Wiederherstellung derjenigen, durch die Gesetzgebung seit dem 1. Januar 1848 verletzten Rechte und Vorzüge nicht entgegen, welche den mittelbar gewordenen Deutschen Reichsfürsten und Grafen, deren Besitzungen in den Jahren 1815 und 1850 der Preußischen Monarchie einverleibt, oder wieder einverleibt worden, auf Grund ihrer früheren staatsrechtlichen Stellung im Reiche und der von ihnen besessenen Landeshoheit zustehen. — — Diese Wiederherstellung erfolgt durch Königliche Verordnung."

Demnächst erging diese Königliche Verordnung am 12. November 1855, deren § 1 folgendermaaßen lautet:

> „Der den mittelbar gewordenen Deutschen Reichsfürsten und Grafen, deren Besitzungen in den Jahren 1815 und 1850 der Preußischen Monarchie einverleibt, oder wieder einverleibt worden sind, und den Mitgliedern ihrer Familien durch den Art. XIV. der Deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 zugesicherte, durch die Gesetzgebung seit dem 1. Januar 1848 aufgehobene privilegirte Gerichtsstand wird hierdurch unter nachstehenden näheren Bestimmungen wiederhergestellt."

Digitized by Google

Man sollte meinen, diese Bestimmungen ließen schlechterdings keinen Zweifel darüber aufkommen, daß, sofern in Preußen von den Vorrechten der Deutschen Standesherren die Rede ist, hierbei nur diejenigen Standesherren verstanden werden, deren ehemals reichsunmittelbare Besitzungen in Preußen liegen. Das Ober-Tribunal aber gelangt zu der entgegengesetzten Annahme durch folgendes Raisonnement:

> „Durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 sei zwar der eximirte „Gerichtsstand abgeschafft worden, und dies sei, wie aus § 18 hervorgehe, „zu dem Zwecke geschehen, die bisherige Einrichtung der Preußischen Ge„richtshöfe zu beseitigen. Seien nun aber auch durch den Wegfall des „bevorzugten Gerichtsstandes zugleich die Vorschriften des Prozeßrechts „und der sonstigen allgemeinen Landesverordnungen, auf denen derselbe „beruhe, aufgehoben worden, und sei somit die Befugniß, nur vor den „oberen Gerichten Recht zu nehmen, für diejenigen erloschen, denen die„selbe blos auf Grund jener Bestimmungen zu Statten kam, so lasse sich „doch nicht einräumen, daß lediglich behufs Durchführung der neuen Ge„richtsverfassung Privilegien, welche auf einen Staatsvertrag sich gründen, „haben zerstört werden sollen, zumal dieselben in der Verordnung auch „nicht ausdrücklich für vernichtet erklärt worden seien. Die Verordnung „vom 2. Januar 1849 habe für die Deutschen Standesherren nur die „Wirkung gehabt, daß ein faktischer Zustand zerstört worden, dessen Auf„rechthaltung sie bedurften, um sich ihres Privilegiums zu bedienen. Das „Recht selbst sei nicht aufgelöst worden. Da nun durch die Verordnung „vom 12. November 1855, wenn sie sich auch nur auf diejenigen Stan„desherren erstrecke, deren vormaliges Gebiet zu Preußen gehöre, diejeni„gen Gerichtshöfe geschaffen worden, deren Existenz die Ausübung des „Privilegiums ermögliche, so sei der Schluß ein berechtigter, „daß der Gerichtsstand vor den Appellations-Gerichten nunmehr allen „Standesherren zustehe, ohne Unterschied, ob ihre vormals reichsunmittel„baren Besitzungen zu Preußen gehören, oder nicht. Daß der Artikel 4 „der Verfassung dem nicht entgegenstehe, sei als Princip im Gesetz vom „10. Juni 1854 ausgeprägt."

Von frappirender Neuheit ist bei dieser Argumentation zunächst die Bemerkung, der eximirte Gerichtsstand sei zum Zwecke der Durchführung der neuen Gerichtsorganisation aufgehoben worden. Bekanntlich war das Verhältniß das umgekehrte. Die Abschaffung des eximirten Gerichtsstandes war vor dem Jahre 1849 schon oft angeregt worden, und um dieselbe zu ermöglichen, mußte die Gerichts-Organisation geändert werden. Wenn das gedachte Erkenntniß nun aber vollends zur Motivirung dieser Bemerkung auf den § 18 der Verordnung vom 2. Januar 1849 Bezug nimmt, welcher sagt:

> „Die anderweite Organisation der Gerichtsbehörden, welche durch die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximirten Gerichtsstandes bedingt wird," u. s. w.

Digitized by Google

so beruht dies auf einer Art von Interpretation, für welche die Rechtswissenschaft bis jetzt noch keinen technischen Ausdruck hat.

Dieser einleitenden Bemerkung reiht das gedachte Erkenntniß sodann den Satz an: „es könne nicht eingeräumt werden, daß lediglich zum Zwecke der Aenderung der Gerichtsorganisation das Privilegium der Standesherren habe beseitigt werden sollen." Dieser Satz ist, wie sich aus dem citirten § 18 der Verordnung vom 2. Januar 1849 ergiebt, von einer Art unfreiwilliger Wahrheit; denn, wie gesagt, die Gerichtsorganisation war nicht der Grund der Beseitigung des Privilegiums. Im Uebrigen aber ist das „nicht einräumen" doch etwas sehr Werthloses gegenüber einer so überaus unzweideutigen Vorschrift, wie der des § 9 a. a. O.:

> „Der eximirte und privilegirte Gerichtsstand wird allgemein aufgehoben,"

und es wäre in der That Sache des Ober-Tribunals gewesen, seine Sache zu „beweisen," statt die entgegenstehende „nicht einzuräumen" .. Der Grund, weshalb in dem Erkenntniß das letztere vorgezogen wird, liegt eben darin, daß das erstere unmöglich ist.

Endlich giebt das letzte Argument „es sei im Gesetz vom 10. Juni 1854 als Princip ausgeprägt, daß der Artikel 4 der Verfassung dem privilegirten Gerichtsstande der Standesherren nicht entgegenstehe" an Sonderbarkeit den übrigen insofern nichts nach, als in diesem Satze ein völlig klares Rechts- und Sachverhältniß geradezu auf den Kopf gestellt wird. Es verhält sich nämlich mit der die Standesherren betreffenden Gesetzgebung einfach folgendermaaßen:

Weder bei dem Erlaß der Verordnung vom 2. Januar 1849, noch bei der Berathung der Verfassungs-Urkunde hat irgend ein Faktor der Gesetzgebung die Absicht ausgesprochen, zu Gunsten der Deutschen Standesherren Ausnahmen von den neuen gesetzlichen Normen zu statuiren. Man hielt damals derartige Ausnahmerechte, wie die der Standesherren früher waren, für unvereinbar mit den Grundsätzen der Verfassung (vergl. v. Rönne, das Staatsrecht der Preußischen Monarchie Band I Seite 434 Note 3). Man hat also damals ganz bewußt und absichtlich die Vorrechte der Standesherren aufgehoben. Ob der Gesetzgeber befugt war, diese Rechte, obschon sie sich auf Staatsverträge gründeten, ohne Zustimmung der Berechtigten aufzuheben, das ist eine Frage, die der Richter nicht zu entscheiden hat. (Artikel 106 der Verfassungs-Urkunde.) Daher kann kein vernünftiger Zweifel darüber aufkommen, daß die Vorrechte der Standesherren, unter ihnen speciell

Digitized by Google

der eximirte Gerichtsstand, wirklich aufgehoben waren, und der von dem Ober-Tribunal aufgestellte, für den Juristen überdies etwas mysteriöse Satz, „das Recht des eximirten Gerichtsstandes selbst sei nicht aufgehoben worden, sondern nur die Ausübung dieses Rechts faktisch unmöglich gewesen," entbehrt selbst jedes Scheines einer Begründung, und ist vielleicht der haltloseste Satz, der sich in den gesammten 49 Bänden der Ober-Tribunals-Entscheidungen findet. Könnte aber hierbei noch irgend ein Bedenken obwalten, so würde es gerade durch das Gesetz vom 10. Juni 1854 und durch die Verordnung vom 12. November 1855 beseitigt. Ersteres Gesetz führt zwar die Bezeichnung „Deklaration;" das Fehlerhafte dieser Bezeichnung ergiebt sich aber aus dem Inhalte des Gesetzes selbst, welches letztere die „Wiederherstellung" der Rechte der Standesherren gestattet, also die geschehene Aufhebung derselben als eine Thatsache nothwendig voraussetzt. Das Irrige der Bezeichnung „Deklaration" geht ferner mit Evidenz daraus hervor, daß die Wiederherstellung der fraglichen Rechte nicht einmal durch dieses Gesetz selbst erfolgt ist, daß vielmehr erst die, in letzterem in Aussicht gestellte Königliche Verordnung derjenige Akt der Gesetzgebung war, durch welchen die Wiederherstellung vollzogen wurde (vergl. v. Rönne a. a. O. S. 435 Note 2).

Waren hiernach durch die Gesetzgebung seit 1848 die Vorrechte der Standesherren wirklich aufgehoben, insbesondere der privilegirte Gerichtsstand durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 beseitigt, so versteht es sich, daß gegenwärtig die Privilegien der Standesherren nur in dem Umfange bestehen, in welchem sie ausdrücklich wieder hergestellt worden sind. Nun sprechen aber sowohl das Gesetz vom 10. Juni 1854, als die Verordnung vom 12. November 1855 mit einer, jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit nur von denjenigen Standesherren, „deren Besitzungen der Preußischen Monarchie einverleibt, oder wiedereinverleibt worden sind," und es ist nicht abzusehen, welchen Zweck dieser Satz haben sollte, wenn nicht den, das wiederherzustellende Privilegium auf die bezeichnete Klasse der Standesherren zu beschränken. Es ist bekanntlich einer der elementarsten Sätze der Jurisprudenz, daß Ausnahmegesetze nicht ausdehnend interpretirt werden dürfen, und daß, wenn das Gesetz eine Ausnahme statuirt, der Richter nicht auf Grund dessen eine zweite aus ihm herleiten darf. Gegen diesen Elementarsatz verstößt das Ober-Tribunal; es bemüht sich, dem Gesetzgeber nachzuhelfen, und vertauscht die Rolle des Richters mit der des letzteren. Es sei nur beiläufig bemerkt, daß dem Gesetzgeber selbst der Gedanke, den privilegirten Gerichtsstand für alle Standesherren schlechthin herzu-

Digitized by Google

stellen, um so ferner liegen mußte, als nach Lage unserer Gesetzgebung sogar die souverainen Fürsten anderer Deutschen Bundesstaaten, sofern sie in Preußen überhaupt rechtlich in Anspruch genommen werden können, bei den ordentlichen Gerichten Recht nehmen müssen.

Das Ergebniß dieser Betrachtung ist das: Es ist im Gesetz vom 10. Juni 1854 keineswegs als Princip anerkannt, daß der Artikel 4 der Verfassungs-Urkunde dem privilegirten Gerichtsstande der Standesherren nicht entgegenstehe. Er hat ihm vielmehr fünf Jahre lang wirklich entgegengestanden und das Gesetz vom 10. Juni 1854 sagt nur, daß er einer Wiederherstellung der Vorrechte der Standesherren nicht entgegenstehe, was doch etwas wesentlich Anderes ist. Die Vorrechte derjenigen Standesherren, deren ehemals reichsunmittelbare Besitzungen nicht in Preußen liegen, sind nicht wiederhergestellt worden; folglich bestehen sie zur Zeit in Preußen nicht.

Zum Schluß noch eine Bemerkung. Wir gehören zu den aufrichtigen Bewunderern der Entscheidungen des Ober-Tribunals, und sind insbesondere der Ansicht, daß die Vortheile ihrer Veröffentlichung die Nachtheile derselben überwiegen, auf welche bisweilen in der juristischen Literatur hingewiesen worden ist. An dieser unserer Ansicht ändert auch der Umstand nichts, daß hin und wieder auch Urtheile des Ober-Tribunals publicirt werden, welche nach der Meinung der Mehrzahl der Juristen fehlerhaft sind. Allein den Herausgebern der „Entscheidungen" möchten wir doch zu erwägen geben, ob sie der Autorität des höchsten Gerichtshofes damit dienen, wenn sie eine Entscheidung, wie die besprochene, veröffentlichen, eine Entscheidung, in welcher aus einer gesetzlichen Bestimmung das direkte Gegentheil von dem herausdeducirt wird, was die dürren Worte derselben besagen; in welcher ein völlig zweifelsfreier Rechtszustand einfach abgeleugnet, und zuletzt ein Schluß für „berechtigt" erklärt wird, für welchen nichts weniger, als jegliche Prämisse fehlt. Man muß fragen, welchen Zweck die Veröffentlichung einer so eclatanten Verirrung, die sich doch nur aus einer Uebereilung erklären läßt, haben kann. Zur Förderung der Rechtseinheit kann sie wahrlich nicht beitragen. Sollten die anderen Gerichtshöfe eine derartige Irrlehre, was wir indeß nicht für möglich halten, adoptiren, so wäre dies ein schlimmes Zeichen für unsere Justiz. Es kommt hinzu, daß die „Entscheidungen" auch im Auslande gelesen werden, und daß man dort, wo man die innere Organisation des Ober-Tribunals nicht kennt, solche Fehlgriffe dem höchsten Gerichtshofe in seiner Gesammtheit imputirt, während sie eben nur bei Senats-Entscheidungen möglich sind. Bekanntlich brauchen nur sieben Mitglieder zu einer Senats-Entschei-

Digitized by Google

dung mitzuwirken, und vier Stimmen bilden also schon eine Majorität. Da sich unter den Mitgliedern des Ober-Tribunals, ebenso wie unter den Preußischen Juristen überhaupt, schwerlich auch nur acht finden werden, welche dem besprochenen Erkenntniß beipflichten, so ist mit Gewißheit anzunehmen, daß das Ober-Tribunal im entgegengesetzten Sinne erkennen wird, sobald einmal ein anderer Senat, als der, welcher hier erkannt hat, mit der oben aufgeworfenen Frage befaßt wird. Leider scheint es, als sollte dieser Fall nicht so bald eintreten, man scheint vielmehr diejenigen Rechtssachen, in welchen die oben aufgeworfene Frage als Präjudicialpunkt zur Entscheidung steht, als ausschließlich vor den ersten Senat ressortirend, zu betrachten. Dies ergiebt sich aus der besprochenen Entscheidung selbst; es handelte sich in dem fraglichen Falle um einen blos persönlichen Anspruch, und nach der bekannten Geschäftseintheilung des Ober-Tribunals würde dessen vierter Senat zur Entscheidung in der Sache selbst berufen gewesen sein. Irren wir nicht, so wurde früher auch über den Einwand der Inkompetenz von demjenigen Senate entschieden, dem die Entscheidung in der Sache selbst zustand oder zugestanden haben würde. In diesem Punkte scheint die Geschäftsvertheilung jetzt eine andere geworden zu sein, was gerade mit Rücksicht auf die Entscheidung der obigen Frage sehr zu bedauern wäre.

Nr. 10.

Ueber die executivische Beschlagnahme von Löhnen der Berg- und Hüttenarbeiter. *)

Vom Rechtsanwalt Ed. Cremer in Lüdenscheid.

Als Gegenstand seiner Befriedigung kann der Gläubiger auch die Rechte und Forderungen seines Schuldners vorschlagen. §§ 101 ffg. (I. 24) Allg. Ger. Ordg.; Gesetz vom 4. Juli 1822 (G.-S. S. 178). Selbst bedingte Forderungen oder solche, welche eine Gegenleistung des Gläubigers voraussetzen, können zur Einziehung angewiesen werden; so nämlich, daß der Executionssucher sich dasjenige anrechnet, was er abzüglich der Verwendung auf die Gegenleistung daraus erlangt. Eine nothwendige Voraussetzung ist jedoch immer die, daß die Forderung des Schuldners in ihrer Begründung schon existire. Streng juristisch gedacht, sind deshalb alle Beschlagnahmen von erst zu verdienenden Löhnen unwirksam, da der Vertrag erst künftig geschlossen werden soll und die

*) Vergl. die Abhandlungen B. II S. 217 ff. III S. 78 ff. dieser „Beiträge." Anm. der Red.

Digitized by Google

Forderung mit jedem Tage von Neuem erst entsteht. — Die Praxis der Gerichte hat sich indessen über dieses theoretische Bedenken längst schon hinweggesetzt und die Lohnarreste ganz allgemein zugelassen. Von denselben haben die Arreste auf Löhne der Berg- und Hüttenarbeiter bei den betreffenden Gerichten eine ganz enorme Ausdehnung angenommen und dort zu vielfachen Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Auch jetzt noch herrscht über das Verfahren bei diesen Beschlagnahmen keine Uebereinstimmung. Es soll versucht werden, dasselbe hier näher zu erörtern:

Um das Verfahren auf das richtige Princip zurückzuführen, hat man den Gesichtspunkt zur Geltung gebracht, daß hier, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Lohn bereits verfallen ist oder erst verdient werden soll, der § 95 (I. 24) Allg. Ger. Ordg. zur Anwendung kommen müsse. Diese Gesetzesstelle lautet:

> „Findet sich bei der gegen einen Künstler oder Professionisten verfügten Auspfändung kein anderes Mobiliarvermögen, als das zum Betriebe seiner Kunst oder seines Handwerks unumgänglich nöthige Werkzeug, oder sind die übrigen gepfändeten und verkauften Effekten zur Bezahlung des Gläubigers nicht hinreichend, so muß das die Execution dirigirende Gericht mit dem Polizeimagistrate des Orts Rücksprache halten, ob und was etwa für Modalitäten zur Konservation des Schuldners in seinem Nahrungsstande, und zugleich zur Befriedigung des Gläubigers nach Beschaffenheit der Umstände Statt finden können. Es muß alsdann erwogen werden, ob etwa dem Schuldner aus einer öffentlichen Kasse, von dem Mittel oder Gewerke, zu welchem er gehört, oder von dem Inhaber der Fabrik, bei welcher er in Arbeit steht, zu einem Vorschusse, wodurch der andringende Gläubiger befriedigt, und der von ihm, durch Abzüge von seinem Verdienste, nach und nach wieder erstattet werden könne, zu helfen sei. Falls aber auch hierdurch aus der Sache nicht zu kommen wäre, so muß durch Werkverständige beurtheilt werden, wie viel der Schuldner, nach den vorwaltenden speciellen Umständen, die Woche hindurch verdienen könne, wie viel er zum nothdürftigen täglichen Unterhalte für sich und die Seinigen gebrauche; und wie viel er also wöchentlich von seinem Verdienste auf die unter Execution stehende Schuld abzu zahlen im Stande sei. Hiernach müssen die Zahlungstermine regulirt werden." —

Es soll folglich die Beschlagnahme des Lohnes nur unter der vorausgesetzten Konservation des betreffenden Arbeiters in seinem Nahrungsstande eintreten, und dafür wird insbesondere noch der § 142 l. c. angerufen, welcher bestimmt:

> „In Ermangelung jedes anderen Objekts der Befriedigung steht dem Gläubiger frei, dahin anzutragen, daß der Schuldner das judikatmäßige Liquidum durch Arbeiten, welche seinen Kenntnissen und Kräften gemäß,

Digitized by Google

und für seinen Stand nicht entehrend sind, nach und nach abzuführen angehalten werde; und ist dabei nach den § 95 vorgeschriebenen Grundsätzen zu verfahren."

Die Bestimmung, wieviel Lohn mit Beschlag zu belegen, geschah, unter Beobachtung zweier Vorschriften, nach vorgängiger Communication mit der Bergbehörde, deren Gutachten der Regel nach die Richtschnur bildete. Anfänglich wurde von jeder einzelnen Beschlagnahme des Lohns eines Bergmanns der competenten Bergbehörde Nachricht gegeben und diese setzte sodann den Abzug fest. Mit dem Uebergange des Grubenhaushaltes und der Rechnungsführung an die Gewerken zeigte sich dieses Verfahren nicht mehr zweckentsprechend, weil die Bergbehörde von dem verdienten Lohne der Bergleute, nach welchem die Lohnabzüge zu bestimmen, theils gar keine, theils verspätete Kenntniß erhielt. Es wurden deshalb alle Requisitionen der Art nunmehr direkt den Rechnungsbeamten der betreffenden Zechen zugestellt, welche die Lohnabzüge nach einer ihnen von der vorgesetzten Bergbehörde ertheilten allgemeinen Instruktion zu bewirken hatten. Gegenwärtig geschehen die Requisitionen um Lohnabzüge an die betreffenden Repräsentanten und Grubenvorsteher, jedoch nicht mehr mit Hinweisung auf eine von der Bergbehörde für alle Fälle aufgestellte Scala; sondern der abzugsfähige Theil des Lohns wird nach einer ziemlich constanten Praxis ohne Weiteres auf den fünften Theil angenommen.

Diese Praxis der Gerichte und die darin ausgesprochene rechtliche Ansicht kann indessen noch keineswegs als die herrschende bezeichnet werden. Vielmehr findet eine andere Meinung, wornach die Berg- und Hüttenarbeiter auf die Rechtswohlthat des § 95 cit. de lege lata keine Ansprüche machen können und die Löhne, wenigstens sofern sie verfallen sind, der unbedingten Ueberweisung unterworfen sind, zahlreiche Vertheidiger.

Die gesetzliche Vorschrift des § 95 cit., — sagt man —, rede nur von den Künstlern und Professionisten, zu welchen nach der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks die Berg- und Hüttenarbeiter nicht gerechnet werden könnten. Unter den Künstlern nämlich seien nur „die producirenden" verstanden (vgl. Rescr. vom 21. Mai 1835, vom 3. Mai 1836 u. a. m. bei Rönne, Ergänz. Bd. III S. 334) und in diese Kategorie seien selbstredend die Berg- und Hüttenarbeiter, wenngleich ihre Thätigkeit gewisse technische Kenntnisse voraussetze, nicht zu bringen; ebensowenig aber könnten sie als Professionisten aufgefaßt werden, weil diese mit gewerbtreibenden Handarbeitern, welche Gewerbesteuer zahlen, identisch seien. (Vergl. § 14 der V. vom 4. März 1834, G.-S. S. 31.)

Digitized by Google

Augenscheinlich bestimme der § 95 cit. etwas so von der Regel Abweichendes und greife zum Vortheile des Schuldners derart in des Gläubigers Privatrechte ein, daß er sich zu einer ausdehnenden Erklärung nicht eigne. Dazu, — bemerkt man ferner —, könne die gesetzliche Begünstigung der Zahlungsmodalitäten nach dem Wortlaute des Gesetzes nur alsdann eintreten, wenn es sich um Beschlagnahme des Handwerkszeuges handle, nicht aber wenn ausstehende Geldforderungen vorhanden seien. Denn in Ansehung der letzteren disponire der § 1 des cit. Gesetzes vom 4. Juli 1822 ganz allgemein, daß sie dem Gläubiger überwiesen werden können. Der § 142 cit. endlich sei lediglich auf den Fall zu beziehen, wenn Jemand im Wege der Execution zum eigentlichen Abarbeiten seiner Schuld angehalten werden solle.

Wir können diesen Gründen nicht beistimmen. Freilich kann es nicht bezweifelt werden, daß verfallene Berglöhne eine Aktivforderung bilden. Auch muß es anerkannt werden, daß rücksichtlich dieser Löhne eine analogische Anwendung der Bestimmungen über das in den §§ 377 ffg. der Concursordnung vorgeschriebene Gehaltsabzugsverfahren unzuläßig erscheint. Dennoch aber dürfte die Deduction unserer Gegner nicht stichhaltig sein. Wir glauben recht zu sehen, wenn wir ihr vorwerfen, die Absicht und den Grund der gesetzlichen Bestimmung im § 95 cit. verkannt zu haben. Dieselbe gründet sich auf die Betrachtung des gemeinen Besten, welchem daran gelegen ist, daß nützliche Staatsbürger nicht ohne die dringendste Noth zu Grunde gerichtet werden und die darin enthaltenen Grundsätze sollen nach § 142 cit. in allen Fällen berücksichtigt werden, wo eine Forderung durch Arbeiten getilgt werden soll. Sie muß also auch bei den Berg- und Hüttenarbeitern Anwendung finden, zumal es ganz unverkennbar im öffentlichen Interesse liegt, den fortschreitenden Bergbau und die Industrie überhaupt durch Anwendung der Strenge der Gesetze auf verschuldete Arbeiter nicht zu stören. Wollte man für die Immission in die erst fällig werdenden Berglöhne die Vorschriften des § 95 cit. anwenden, dagegen bei bereits verfallenen Berglöhnen den Gesichtspunkt der Ueberweisung von Aktivforderungen im Wege der Execution festhalten, so würde der Gesetzgeber nur scheinbar eine Rechtswohlthat gewährt haben, die in der Wirklichkeit durch die zuläßige stete Beschlagnahme der zu regelmäßigen Zeiten zahlbaren Berglöhne völlig illusorisch würde. Eine solche Unterscheidung zwischen Forderung und künftiger Forderung kann das Gesetz nicht gewollt haben; letzteres erstreckt sich vielmehr selbst mit seinem wörtlichen Ausdrucke: „Verdienst" sowohl auf die bereits fälligen, als auch auf die künftigen Beträge. Erstere sind Aktivforderungen im Sinne des

Digitized by Google

cit. § 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1822, gleichwohl aber nicht unbedingt überweisbar, weil eben der § 95 cit. etwas ganz Singuläres und Charakteristisches vorgeschrieben hat. Einem Gläubiger, welcher, auf den starren Wortbegriff einer Aktivforderung fußend, sich die verfallenen Berglöhne nach Maßgabe der Vorschriften des Gesetzes vom 4. Juli 1822 unverkürzt wollte überweisen lassen, würde nicht ohne Grund der Vorwurf der Gesetzesumgehung gemacht werden. Es trifft auch hier der Ausspruch des Paulus zu in l. 19 Dig. (10, 4):

„Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire."

vgl. auch v. Savigny, System Bd. I, §§ 36. 37. 50.

Es muß hiernach nach u. D. auch bei bereits verfallenen Berglöhnen das in den §§ 95, 142 (I. 24) Allg. Ger.-Ordg. angedeutete Verfahren beobachtet werden.

Eventuell wird nichts Anderes übrig bleiben, als die angeregte Streitfrage in vorkommenden Fällen zur Instruktion zu ziehen und durch Erkenntniß zu entscheiden.

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 19.

Mündliche Nebenabrede über den Gegenstand eines schriftlich geschlossenen Kaufvertrages. Bedeutung derselben für das Rücktrittsrecht des Verkäufers.

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Voigtel in Burg.

Der Kossath Peter Richter (Kläger) war Eigenthümer eines Kossathengutes in Leitzkau und zweier Wiesen in der Feldmark Röddel. Das Kossathengut hat er durch gerichtlichen Vertrag vom 1. März 1858 seinem Sohne, David Richter (Beklagten), für 1600 Thaler und einen Altentheil übergeben. Da der Sohn sich aber auch in den Besitz der Wiesen gesetzt hat, und denselben zu räumen sich weigert, so ist der Vater mit dem Antrage klagbar geworden,

den Sohn für schuldig zu erachten, das Eigenthum des Klägers an den Wiesen anzuerkennen, und ihm dieselben herauszugeben.

Der Beklagte hat Abweisung beantragt, indem er behauptet, daß neben dem Vertrage vom 1. März 1858 eine mündliche Abrede dahin getroffen sei, daß die Wiesen für das im Vertrage gedachte Kaufgeld und Altentheil mitverkauft und übergeben würden.

Nachdem diese, vom Kläger bestrittene Abrede durch die Beweisaufnahme hinreichend wahrscheinlich gemacht war, hat das Kreisgericht zu Burg durch Erkenntniß vom 26. November 1861 dem Beklagten über dieselbe den Erfüllungseid auferlegt, und im Schwörungsfalle den Kläger abgewiesen, im Nichtschwörungsfalle den Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. In den Gründen wird ausgeführt:

Wird durch die Ableistung des Eides festgestellt, daß der Kaufvertrag nicht so, wie er gerichtlich niedergeschrieben, sondern so, wie es Beklagter behauptet, zwischen den Parteien mündlich verabredet ist: so muß die Abweisung des Klägers erfolgen. Die behauptete Abrede betrifft nicht ein bloßes accidentale des Vertrages, sondern den Gegenstand des Kaufvertrages selbst, also ein essentiale des Geschäfts.

Digitized by Google

Gegenstand des Verkaufes und Aequivalent des Kaufpreises und Altentheils sollten nicht blos das im schriftlichen Vertrage bezeichnete Kossathengut, sondern außerdem noch die beiden Wiesen sein.

In einem solchen Falle ist bei mangelndem Consense der schriftliche Vertrag ungültig. Ob das unter dem simulirten schriftlichen Vertrage versteckte, beiderseits wirklich gewollte Geschäft gültig sei, hängt davon ab, ob es in rechtsverbindlicher Form zu Stande gekommen.

§§ 128, 129 A. L. R. I. 5. — §§ 70—74 A. L. R. I. 11. — Koch, System des Civilrechts §§ 114, 551.

Verträge über Immobilien müssen schriftlich geschlossen werden. Sind sie nur mündlich geschlossen, so kann selbst dann, wenn sie beiderseits vollständig erfüllt sind, jeder Theil gegen Rückgabe des Erhaltenen das Gegebene zurückfordern.

§§ 146, 156, 161 A. L. R. I. 5. — Koch, Commentar zu diesen §§.

Kläger ist also, da der wirklich vereinbarte Vertrag nur mündlich geschlossen ist, wohl befugt, von diesem mündlichen Vertrage zurückzutreten und das Leitzkauer Kossathengut so wie die Röddel'schen Wiesen von dem Beklagten, gegen Rückgewähr der 1600 Thlr. Kaufgeld und Aufgabe des Altentheils, zurückzufordern. Aber auch nur hierzu ist er befugt, nicht zu dem in der Klage gestellten Antrage. Das beiderseits mündlich geschlossene Geschäft muß er entweder ganz aufheben, oder ganz bestehen lassen. Eine andere Alternative ist gesetzlich nicht gestattet. Insbesondere darf er seine Rückforderung des Gegebenen nicht auf einen Theil beschränken, und das dagegen erhaltene ganze Kaufgeld der 1600 Thlr. mitsammt dem Altentheile für sich behalten.

Man denke sich (was doch der Fall sein könnte), auf die Wiesen sei $^9/_{10}$, auf das Kossathengut nur $^1/_{10}$ des im Vertrage genannten Kaufpreises gerechnet — so käme man, dem klägerischen Anspruche folgend, zu der Ungereimtheit und Unbilligkeit, daß der Kläger nicht nur das ganze Kaufgeld behielte, sondern auch $^9/_{10}$ des dagegen mündlich gelobten Aequivalents zurückerhielte.

Daß die Wiesen nur 150 Thlr. werth sind, (wie Parteien angeben) ändert nichts in der rechtlichen Beurtheilung. Der Schade des Beklagten mag geringer sein, die Rechtsverletzung bleibt sich gleich.

Im Nichtschwörungsfalle dagegen fällt die Behauptung des Beklagten fort. Der schriftliche Vertrag enthält den wahren Willen der Contrahenten.

Digitized by Google

Der Kläger, welcher unbestritten am 1. März 1858 Eigenthümer der Wiesen war, hat dieselben nicht mitverkauft, und kann sie daher vom Beklagten, der sie geständlich besitzt und keinen Erwerbstitel für sich nachgewiesen hat, vindiciren.

Auf die vom Kläger gegen dieses Urtel eingelegte Appellation hat das Appellationsgericht zu Magdeburg am 29. April 1862 das erste Erkenntniß bestätigt und in den Gründen ausgeführt:

Wenn die mündliche Abrede durch Ableistung des Erfüllungseides festgestellt wird, so enthält der schriftliche Vertrag nicht den wirklichen Willen der Contrahenten in Betreff eines wesentlichen Theils des Geschäfts, nämlich des Kaufobjectes. Er ist in der ihm gegebenen Form simulirt und daher ungültig. Das wirklich verabredete Geschäft hat keine verbindliche Kraft, weil es nur mündlich zu Stande gekommen ist, und Verträge über Grundstücke stets der schriftlichen Form bedürfen. (§ 145 A. L. R. I. 5.) In Ermangelung der Schriftform kann jeder Theil vom Vertrage wieder abgehen und gegen Erstattung des Erhaltenen das Gegebene wieder zurückfordern, wenngleich bereits beiderseits erfüllt ist. (§ 146 A. L. R. I. 5.) Demnach steht auch dem Kläger das Recht zu, von dem mündlichen Vertrage wieder abzugehen und das darauf Gegebene gegen Erstattung des Erhaltenen zurückzufordern, nicht aber ist er befugt, die mündliche Abrede bei Seite zu lassen, einen Theil des Gegebenen, nämlich die beiden Wiesen, zurückzuverlangen und dennoch das ganze Kaufpretium zurückzubehalten. Sein darauf allein gerichteter Antrag ist für den Fall, daß Verklagter den ihm auferlegten Eid schwört, wie auch der erste Richter angenommen hat, nicht begründet. Sein Antrag konnte nur auf Aufhebung des ganzen Vertrages gerichtet werden. Kläger hat sich nun zwar in dieser Instanz noch zur Wiederherstellung des „status quo“ erboten. — Dieses Erbieten ist jedoch nicht allein zu allgemein, indem nicht erhellet, zu welchen Leistungen Kläger bereit ist, sondern auch verspätet. Er mußte dies Erbieten schon in erster Instanz stellen, um, nachdem der Verklagte darüber gehört worden, den Richter von Anfang an in den Stand zu setzen, beurtheilen zu können, ob sein Erbieten vollständig war. Eine Erörterung dieser Frage in zweiter Instanz ist unzulässig, weil dem Gegentheil über seine desfallsigen etwaigen Einwendungen eine Instanz verloren gehen würde.

Auch die vom Kläger gegen das Urtel zweiter Instanz eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist durch Erkenntniß des Obertribunals vom 7. November 1862 verworfen. In den Gründen des Obertribunals-Urtels heißt es:

Digitized by Google

Der Appellationsrichter hat durch seine Entscheidung die Vindicationsklage des Klägers für den Fall der Nichtableistung des dem Verklagten zuerkannten Eides für vollständig gerechtfertigt, für den entgegengesetzten Fall aber sie durch den dann erwiesenen Einwand des Verklagten, daß Kläger ihm den vindicirten Gegenstand verkauft und übergeben habe (exceptio rei venditae et traditae) für vollständig elidirt und den Kläger nur auf Grund des Mangels der schriftlichen Form zur Rescissionsklage und zwar ausdrücklich berechtigt erachtet; damit also die Vorschriften §§ 109. 135. 156. 161 Tit. 5 Th. I. A. L. R. und den vom Imploranten als verletzt bezeichneten Grundsatz über die Unverbindlichkeit blos mündlicher Kaufverträge über Grundstücke anerkannt und zur Anwendung gebracht, mithin den § 1 Tit. 15 a. a. O. in keiner Weise verletzt.

Wenn nun ferner der Appellationsrichter ausführt, daß eine solche Rescissionsklage nur auf Aufhebung des ganzen Vertrages gerichtet werden könne, nicht auf eine partielle Zurückziehung einzelner von den dem Käufer überlassenen Grundstücke mit Aufrechthaltung aller von ihm im Vertrage übernommenen Pflichten, daß aber eine solche vollständige Rescissionsklage in erster Instanz nicht angebracht, in zweiter Instanz durch das vage Erbieten, den status quo herstellen zu wollen, nicht substantiirt werde, auch verspätet sei: so erscheint diese Ausführung vollständig richtig und verstößt weder gegen §§ 156. 161 Tit. 5 Th. I Allg. Landrechts, noch gegen den Plenarbeschluß vom 19. Mai 1851, Präj. 2289, dessen Voraussetzungen hier gar nicht vorliegen. Bei dieser Ausführung des Appellationsrichters, deren Sinn irgend einer Mißdeutung gar nicht fähig ist, enthält denn der Ausdruck: „Kläger könne nur die gesammten auf Grund des Vertrages hingegebenen Gegenstände gegen Rückerstattung des Erhaltenen zurückfordern, keineswegs eine dem Verklagten suppeditirte thatsächliche Voraussetzung im Sinne des Artikels 3 Nr. 1 Deklaration vom 6. April 1839, als habe Kläger von ihm auf den Kaufpreis bereits etwas erhalten, sondern lediglich eine an § 146 Tit. 5 Th. I Allgem. Landrechts sich anlehnende Ausführung darüber, wie die Rescissionsklage substantiirt werden müsse. Demnach erscheint auch dieser Vorwurf unbegründet.

Digitized by Google

Nr. 20.

Einfluß des zufälligen Unterganges der in Folge eines der Schriftform bedürfenden, nur mündlich abgeschlossenen Vertrages übergebenen Sache auf die in den §§ 156, 157 Tit. 5 Th. I des Allg. Landrechts festgesetzte alternative Verbindlichkeit des Empfängers.

Levi Elbthal hatte mit dem Fuhrmann Schnepper einen Tauschhandel mündlich in der Art abgeschlossen, daß Ersterer gegen Empfang eines Fohlens im Werthe von 22 Thlrn., so wie gegen das Versprechen einer Geldzugabe von 70 Thlrn. dem Letzteren einen Fuchswallach tauschweise übergab. In Folge eines über die Erfüllung dieses Vertrages unter den Contrahenten geführten Prozesses wurde Schnepper rechtskräftig verurtheilt, dem Cessionar des Levi Elbthal, Handelsmann Simon Blumenthal, entweder 70 Thlr. nebst Verzugszinsen seit dem 28. Juli 1858 zu bezahlen, oder den erhaltenen Fuchswallach gegen Zahlung von 22 Thlrn. herauszugeben. Inzwischen war der Fuchswallach crepirt und konnte deshalb nicht mehr zurückgegeben werden. Nunmehr nahm Simon Blumenthal den Fuhrmann Schnepper auf unbedingte Zahlung von 60 Thlrn. nebst Verzugszinsen seit dem 28. Juli 1858 in Anspruch.

Seinem Klageantrage gemäß ist auch durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 9. Januar 1863, unter Abänderung des Urtheils erster Instanz, die Verurtheilung des Verklagten aus folgenden Gründen ausgesprochen worden:

Die Entscheidung erster Instanz erscheint nicht gerechtfertigt. — Die Klage ist auf das rechtskräftige Erkenntniß des Vorprozesses gegründet, durch welches der Verklagte in Folge des, mit dem Levi Elbthal, dem Cedenten des Klägers, nur mündlich abgeschlossenen und von dem Elbthal erfüllten Pferdetauschvertrags verurtheilt ist, dem Kläger entweder das von dem Elbthal erhaltene Pferd, einen Fuchs-Wallach, gegen Zahlung von 22 Thlrn. zurückzugeben, oder 70 Thlr. nebst Zinsen zu 5% seit 28. Juli 1858 zu zahlen. — Kläger verlangt von dem Verklagten die Zahlung der 70 Thlr. nebst Zinsen unter der, von dem Verklagten zugestandenen Behauptung, daß das fragliche Pferd im Besitze des Verklagten crepirt sei, und daher vom Verklagten nicht zurückgegeben werden könne. —

Nach dem Tenor des Urtels des Vorprozesses allein läßt sich jedoch die rechtliche Natur der, dadurch dem Verklagten auferlegten alternativen Verbindlichkeit nicht beurtheilen und insbesondere die Frage

Digitized by Google

nicht entscheiden, ob der Verklagte verpflichtet sei, dem Kläger die 70 Thlr. nebst Zinsen zu zahlen, da ihm durch den Untergang des Pferdes die Erfüllung der anderen Verbindlichkeit, — die Rückgabe des Pferdes, — unmöglich geworden. — Es ist daher auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückzugehen, auf welche das Urtel des Vorprozesses gegründet ist, und diese sind in den, auch vom ersten Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegten §§ 155 seq. Th. I Tit. 5 des A. L. R. enthalten. Es ist aber eine unrichtige Auffassung dieser gesetzlichen Bestimmungen, wenn der erste Richter in Folge des Umstandes, daß der fragliche Pferdetauschvertrag, der bei einem Gegenstande im Werthe über 50 Thlr. die schriftliche Form zu seiner Gültigkeit erfordert, nur mündlich abgeschlossen war, — annimmt, daß kein Vertrag abgeschlossen sei, daß folgeweise Kläger Eigenthümer des, dem Verklagten übergebenen Pferdes geblieben und als Eigenthümer den Verlust zu erleiden habe; — der nur mündlich abgeschlossene Tauschvertrag hat allerdings und zwar dadurch, daß derselbe von dem einen Contrahenten, dem Cedenten des Klägers, erfüllt ist, eine rechtliche Bedeutung erlangt, und nach § 156 a. a. O. für den Verklagten, als anderen Contrahenten, die, von seiner Wahl abhängige alternative Verbindlichkeit begründet, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, also dem Kläger die versprochene noch rückständige Geldzugabe von 70 Thlrn. zu zahlen, oder aber das empfangene Pferd zurückzugeben, und zwar in diesem Falle — in dem Falle der Wahl der Zurückgabe, also des Rücktritts vom Vertrage, das Pferd in dem Stande zurückzugeben, wie er solches empfangen hat, § 157 a. a. O. — Es ist sonach bei der für den Verklagten durch den mündlich abgeschlossenen Tauschvertrag gesetzlich begründeten und durch das Erkenntniß im Vorprozeß rechtskräftig festgestellten alternativen Verbindlichkeit die, dem Verklagten zustehende Wahl dadurch bedingt, daß das Pferd in dem Stande, wie Verklagter dasselbe empfangen, zurückgegeben werde; die Rückgabe überhaupt ist unmöglich geworden, da das Pferd crepirt ist, und folglich, da die Wahl nicht mehr stattfinden kann, der Verklagte auf die noch übrige Verbindlichkeit, also darauf beschränkt, den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen und die versprochene noch rückständige, durch das Erkenntniß des Vorprozesses rechtskräftig festgestellte Geldzugabe von 70 Thalern nebst Zinsen seit dem 28. Juli 1858 zu zahlen. Die Frage, wer als Eigenthümer des fraglichen Pferdes anzusehen und als solcher den Verlust gesetzlich zu erleiden haben würde, kommt hier nicht in Betracht; — diese Frage liegt außer dem Bereiche des, unter den Partheien bestehenden Vertrags und es kommt lediglich darauf an, wozu der Verklagte

Digitized by Google

vermöge des Vertrags dem Kläger verpflichtet ist. — Unbegründet ist der Einwand des Verklagten, daß Kläger den Rückempfang des fraglichen Pferdes verzögert habe, weil er nach ergangenem Erkenntnisse des Vorprozesses verpflichtet gewesen, das Pferd vom Verklagten abzuholen; denn es handelt sich um eine durch Vertrag begründete Verbindlichkeit, die also am Orte des Berechtigten zu erfüllen war § 248 a. a. O. Es wäre daher Sache des Verklagten gewesen, dem Kläger, beziehungsweise dem Levi Elbthal an dessen Wohnorte das Pferd abzuliefern.

Die von dem Verklagten gegen dieses Appellationserkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Urtheil des Obertribunals vom 19. November 1863 zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen heben wir Folgendes heraus:

... Unläugbar ist der, wiewohl nur mündlich abgeschlossene Tauschvertrag (§ 363 u. fg. Tit. 11 Th. I A. L. R.) als ein zur Uebertragung des Eigenthums geeigneter Titel zu betrachten. Hatte zwar der Verklagte, nachdem von seinem Mitcontrahenten vollständig erfüllt worden war, wegen der mangelnden schriftlichen Form des Vertrages, nach dem § 156 Tit. 5 a. a. O., die Wahl, entweder auch von seiner Seite den Vertrag durch Zahlung der stipulirten Zugabe von 70 Thlrn. zu erfüllen, oder das erhaltene Pferd, gegen Rückempfang des vertauschten Füllens, oder des Werthes dafür mit 22 Thlrn., zurückzugeben, und somit vom Vertrage zurückzutreten, so wurde doch hierdurch an der Geeignetheit jenes Titels zur Eigenthumsübertragung an sich nichts geändert. Unzweifelhaft war und blieb der Verklagte Eigenthümer des ihm auf Grund jenes Tauschvertrages übergebenen Pferdes, sobald auch von seiner Seite dieser Vertrag erfüllt wurde, oder so lange doch die Verpflichtung zu dessen Erfüllung für ihn fortbestand. Nothwendige Voraussetzung und Bedingung für die Ausübung des obgedachten Wahlrechts war aber, nach dem § 157 a. a. O., daß der Verklagte in der Lage ist, das empfangene Pferd in dem Zustande zurückzugeben, in welchem er dasselbe übergeben erhalten hat. Fehlt es hieran für ihn, so kann von selbst von einer Zurückgabe des Pferdes nicht weiter die Rede sein, vielmehr, wenn er dennoch den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will, nach den §§ 159 und 160 a. a. O. nur noch seine Verpflichtung zur Vergütung des Werthes des empfangenen Pferdes eintreten; was zugleich zeigt, daß durch jenes Wahlrecht, vor dessen reeller Ausübung, der stattgefundene Eigenthumsübergang in Betreff des fraglichen Pferdes auf den Verklagten in keiner Weise hat alterirt werden können. Nur erst, wenn der Verklagte das Pferd wirklich zurückgegeben hätte, würde

Digitized by Google

das Eigenthum wieder auf den Gegner übergegangen und der Verklagte nach dem § 158 a. a. O. in Bezug auf die Nutzungen und Verbesserungen in der Zwischenzeit einem unrechtfertigen Besitzer gleich zu achten gewesen sein.

Vorliegend steht nun rechtskräftig die Verpflichtung des Verklagten fest, entweder dem Kläger 70 Thlr. nebst 5% Verzugszinsen seit dem 28. Juli 1858 zu bezahlen, oder demselben den erhaltenen Fuchswallach gegen Zahlung von 22 Thlrn. herauszugeben. Da der Verklagte die letztere Alternative nicht zu erfüllen vermag, weil das fragliche Pferd inzwischen crepirt ist, so bringt es die Natur der ihm obliegenden alternativen Verbindlichkeit von selbst mit sich, daß er nunmehr unbedingt gehalten ist, jene erstere Alternative zu erfüllen. Eine etwanige Anwendung der §§ 159 und 160 a. a. O. ist dabei durch die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses von selbst als ausgeschlossen anzusehen. Mit Recht hat daher der Appellationsrichter den Verklagten, wie geschehen, nach dem Klageantrage verurtheilt, und hat er dadurch so wenig die §§ 155—157 a. a. O. verletzt, als von ihm gegen die Grundsätze von den Wirkungen der res judicata verstoßen worden ist. Ebenso wenig hat der Appellationsrichter gegen den Rechtssatz gefehlt: „casum sentit dominus," da das fragl. Pferd, als im Eigenthume des Verklagten befindlich, crepirt ist; und liegt auch eine Verletzung des § 1 Tit. 10 a. a. O. nicht vor, da es hier keineswegs an einem zum Eigenthumserwerbe geschickten Titel gemangelt hat. Eine Anwendung der §§ 364 und 365 Tit. 5 a. a. O. hat aber vorliegend nicht in Frage kommen, und deshalb eine Verletzung derselben durch Nichtanwendung gar nicht eintreten können, da es sich hier in keiner Weise um den in jenen §§ gedachten Fall handelt, daß nemlich die Unmöglichkeit einen geschlossenen Vertrag zu erfüllen, durch Zufall entstanden ist.

... Ebenso ungegründet ist der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, den § 27 Tit. 16 und § 248 Tit. 5 Th. I des A. L. R. verletzt zu haben.

Wenn nämlich der Verklagte den Vertrag von seiner Seite nicht erfüllen, sondern das erhaltene Pferd an den Kläger wieder herausgeben wollte, so lag es ihm ob, dieser seiner Rückgabepflicht in gehöriger Weise ein Genüge zu leisten. Begreiflicher Weise konnte dies von ihm dadurch nicht geschehen, daß er den Kläger aufforderte, das Pferd von ihm aus Brenscheid abzuholen, und kann es deshalb nicht darauf ankommen, daß, nach der Behauptung des Verklagten, der Kläger einer

Digitized by Google

solchen Aufforderung keine Folge geleistet haben soll. Der Verklagte mußte vielmehr dem Kläger das Pferd übergeben und dies konnte wohl nicht anders geschehen, als in dem Wohnorte des Klägers, als des Empfangsberechtigten. Denn von der in dem § 27 Tit. 16 Th. I. A. Ldr. vorgeschriebenen, subsidiarisch eintretenden allgemeinen Regel: „daß die Erfüllung da, wo der Verpflichtete sich aufhält, geleistet und angenommen werden muß," enthält in Bezug auf Verträge der § 248 Tit. 5 Th. I. A. L. R. eine Ausnahme, indem derselbe bestimmt, daß, wenn nach einem Vertrage etwas gegeben werden soll, die Ablieferung an dem Orte erfolgen muß, wo der Berechtigte zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat. — Der Appellationsrichter hat daher vorliegend, wo der Wohnort des Klägers, resp. des Elbthal, seit dem Abschlusse des Vertrages sich nicht geändert hat, jenen letzteren Paragraphen ganz richtig zur Anwendung gebracht, und ist es eine unbegründete Behauptung des Verklagten, wenn derselbe vermeint, daß die Anwendung dieser Gesetzesstelle vor Allem die Existenz eines rechtsgültigen Vertrages voraussetze und daß es an einem solchen hier gänzlich fehle. Von dem Appellationsrichter ist mithin der § 248 cit. nicht verletzt und eben so wenig liegt eine Verletzung des § 27 Tit. 16 Th. I A. L. R. vor, da von der in diesem § aufgestellten Regel der § 248 cit. eine Ausnahme enthält.

B. 1326.

Nr. 21.

Anfechtungsklage des Hypothekenschuldners wegen Eintragung einer im Wege der Execution erfolgten Theilcession.

Für die beiden minderjährigen Geschwister Ludwig und Karoline R. war eine Abfindungsforderung von 1744 Thlrn. im Hypothekenbuche eingetragen und das darüber gemeinschaftlich ausgefertigte Hypothekendokument vom Vormundschaftsgericht in Verwahrung genommen worden. Der inzwischen großjährig gewordene Ludwig R. hatte von jener ihm zur Hälfte zustehenden Forderung einen Antheil von 60 Thlrn. cedirt. Während sich nun behufs der Eintragung dieser Cession das oben gedachte Hauptdokument bei den Grundakten befand, gelangte zu denselben am 4. Mai 1860 des Morgens eine zu Gunsten eines Gläubigers des Ludwig R. in Kraft der Cession ausgestellte richterliche Ueberweisungs-

Digitized by Google

verfügung vom 28. April 1860 auf Höhe von 58 Thalern mit dem Gesuche auf Eintragung in das Hypothekenbuch. Diese Eintragung ist auch vom Hypothekenrichter verfügt und auf dem Hauptdokumente vermerkt, ein besonderes Zweigdokument für den Gläubiger aber nicht gefertigt worden. Es war aber bereits am Nachmittage des 4. Mai 1860 von dem Hypothekenschuldner eine von dem Ludwig R. an demselben Tage über seine ganze Restforderung von 812 Thalern vor Notar und Zeugen ausgestellte Quittung mit dem Antrage auf Löschung dieses Kapitalrestes zu den Grundakten eingereicht worden. Der Hypothekenrichter wies diesen Löschungsantrag in Ansehung des dem Gläubiger des Ludwig R. übereigneten Kapitalantheils von 58 Thlrn. zurück. Dies gab zu einer Klage Veranlassung, welche der Hypothekenschuldner gegen den erwähnten Gläubiger mit dem Antrage anstellte:

> die für den Verklagten auf Grund richterlicher Ueberweisung in vim cessionis im Hypothekenbuche umschriebene Hypothek eines Betrages von 58 Thlrn. an der ursprünglich für Ludwig R. aus dem Auseinandersetzungsrezesse vom 3. April 1835 eingetragenen Abfindungsforderung dem Kläger gegenüber für ungültig und unwirksam zu erklären, auch den Verklagten zu verurtheilen, sich die Löschung dieser Hypothek im Hypothekenbuche gefallen zu lassen.

Die Klage war hauptsächlich auf den § 522 Tit. 20 Th. I des Allg. Land-Rechts und auf die Ausführung gestützt, daß die Voraussetzung dieses Paragraphen — die Beobachtung der wesentlich im Interesse des debitor cessus gegebenen Formvorschriften — fehle, insbesondere die Bekanntmachung der Cession und die Bildung eines Zweigdokumentes verabsäumt sei.

Der erste Richter — das Kreisgericht zu Lüdenscheid — verwarf den Klageantrag und begründete seine Entscheidung durch folgende Erwägung:

> Eine Ueberweisung nach § 6 des Gesetzes vom 4. Juli 1822 habe mit einer auf Vertrag beruhenden Cession gleiche Wirkung. Die Extrahirung derselben beruhe auf dem Glauben des Hypothekenbuchs. Verhandlungen Dritter mit dem Hypothekengläubiger in Bezug auf eine zwar bezahlte aber nicht gelöschte Post seien, wenn sie im Vertrauen auf das Hypothekenbuch und unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommen worden, von dem Schuldner nicht anzufechten. Gemäß dieser Vorschriften sei bei einer Theilcession von dem

Digitized by Google

riginal-Dokumente eine beglaubigte Abschrift zu fertigen und auf dieselbe der Zweck ihrer Anfertigung, dagegen auf das Original-Instrument zu vermerken, daß ein Theil der Forderung cedirt sei. Hiernach sei im vorliegenden Falle nicht verfahren worden, vielmehr habe der Hypothekenrichter, welcher zufällig das Schulddokument bei den Akten gefunden, die Eintragung der Cession bewirkt und dieselbe auf das Dokument vermerken lassen. Dies aber sei dennoch ausreichend. Denn das Eigenthum einer Forderung gehe durch den Cessionsakt selbst, ohne daß es der Tradition des Schuldinstrumentes bedürfe, über. Die Nichtvorlegung des Original- oder Zweig-Instruments berechtige nur den Cessionar zur Zahlungsweigerung. Es sei im Gesetze ausdrücklich anerkannt, daß die Bildung eines Zweig-Instruments die gegenseitige Sicherung des Cedenten und Cessionars bezwecke. Andere Mittel solcher Sicherung seien hierdurch nicht ausgeschlossen. Der Schuldner brauche und dürfe nur an denjenigen zahlen, welcher sich durch den Besitz der Schuldurkunde und beziehungsweise des Cessionsinstruments legitimire. Die nöthige Sicherung sei auch im vorliegenden Falle verschafft, und zwar durch Vermerkung der Cession auf dem Original-Instrumente. Aus der unterlassenen Bildung eines Zweig-Instruments könne der Schuldner keine Rechte herleiten. Letzterer habe sich dadurch, daß er die angeblich bezahlte Post nicht zur Löschung gebracht, des Einwandes der Tilgung dem dritten gutgläubigen Erwerber der Post gegenüber, beraubt. Der Hypothekenrichter sei in der Lage gewesen, entweder sowohl den Eintragungs- als Löschungsantrag wegen fehlender Production des Hypotheken-Instruments zurückzuweisen oder auf die Anträge nach Maßgabe der Priorität, wie geschehen, zu verfügen.

Auf die Appellation des Klägers ist diese Entscheidung durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 22. Decbr. 1863 aus folgenden Gründen bestätigt worden:

Durch Ueberweisung einer Forderung mit den Wirkungen der Cession erlangt der Cessionar das Eigenthum an dieser Forderung. § 6 des Gesetzes vom 4. Juli 1822. §§ 377 und 402 Tit. 11 Th. I des A. L. R. Ist die Forderung eingetragen, der Cessionarius im guten Glauben und die Ueberweisung unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt, so kann der Schuldner von Einwendungen, welche ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehen, dem Cessionar

Digitized by Google

gegenüber keinen Gebrauch machen, namentlich nicht auf Löschung der Hypothek, unter Behauptung der Tilgung der Schuld, antragen. §§ 522, 523 Tit. 20 a. a. O. Zwischen freiwilliger und im Wege der Exekution bewirkter Ueberweisung wird vom Gesetze nicht unterschieden. (Vergleiche die Ausführung des Königl. Obertribunals in dem Urtel vom 22. Juni 1860, Archiv Band 28 S. 63.) Diese Grundsätze finden auf den vorliegenden Fall zweifellos Anwendung. Der gute Glaube auf gegnerischer Seite und die vorschriftsmäßig erfolgte Ueberweisung wird vom Kläger nicht bestritten. Zwar hat eine Abzweigung des überwiesenen Theilbetrags und die Anfertigung eines Zweiginstruments nicht Statt gefunden. (§ 7 und 9 des Ges. vom 4. Juli 1822.) Die Wirkungen der Cession sind hiervon aber nicht abhängig, da sich Kläger nicht im Besitze des Hypotheken-Instruments über die cedirte Post befunden hat. Erkenntniß des Königl. Obertribunals vom 29. März 1822. Entscheidungen Band 23 S. 156. — Nur wenn Kläger im Besitze dieses Instruments gewesen wäre, würde er mit dem Einwande zu hören gewesen sein, daß er die Löschung der angeblich getilgten Post zu bewirken in der Meinung unterlassen habe, daß über die Post zu seinem Nachtheile nicht disponirt werden könne. Gegnerischer Seits wäre der Besitz eines Zweiginstruments nur von Erheblichkeit, wenn Zahlung gefordert würde. § 395 Tit. 11 Th. I A. L. R. Der Nachholung des Antrags auf Anfertigung eines Zweiginstrumentes steht gesetzlich nichts entgegen. Die Berufung des Klägers endlich auf die Quittung vom 4. Mai 1860, in Verbindung damit, daß ihm vor deren Ausstellung die Ueberweisung nicht bekannt gewesen sei, ist unerheblich. Durch die Quittung soll nur die bereits erfolgte Tilgung der Post erwiesen werden. Wenn daher diese Tilgung selbst gemäß der citirten Vorschriften im Tit. 20 a. a. O. vom Kläger nicht geltend gemacht werden kann, so kann derselbe auch das in der Quittung liegende Anerkenntniß der Tilgung nicht mit Erfolg Rechtens in Bezug nehmen.

Dieser Ausführung gemäß war Kläger gar nicht befugt, der Eintragung der fraglichen Cession zu widersprechen; er kann also auch deren Löschung nicht verlangen, gleichviel, ob der Hypothekenrichter vorschriftsmäßig bei der Eintragung verfahren ist, oder nicht.

Es muß aber dem ersten Richter in der Ausführung beigetreten werden, daß die fragliche Eintragung selbst als eine illegale und deshalb unwirksame nicht bezeichnet werden kann. Denn der Hypothekenrichter hat nur darin gefehlt, daß er die Eintragung bewirkte, obgleich dieselbe noch nicht in Gemäßheit der §§ 7 u. 9 des Gesetzes vom 4. Juli 1822 von Seiten des Exekutionsrichters vorbereitet war. —

Digitized by Google

Keinenfalls kann der Eintragung die Bedeutung einer Protestation abgesprochen werden, da zur Intabulation einer solchen die erforderlichen Requisite unbedingt vorlagen. § 18 Tit 2 der Hypotheken-Ordnung. Dies aber vorausgesetzt, erledigen sich alle Bedenken, welche etwa gegen die Zurückweisung des Klageantrages noch vorgebracht werden könnten, da Kläger nicht behauptet hat, daß verklagterseits die vorgebliche Tilgung der Post zur Zeit der geschehenen Ueberweisung oder der Eintragung des überwiesenen Betrages bekannt gewesen, oder daß die von dem ursprünglichen Schuldner ausgestellte Quittung, welche das Datum dieser Intabulation trägt, vor Letzterer aufgenommen sei. § 19 Tit. 4 Th. I des A. L. R.

S. 2016.

Nr. 22.

Rechtliche Folgen einer Protestation, in Bezug auf eine cedirte hypothekarische Darlehnsforderung, rücksichtlich deren der Schuldner den Cessionar als seinen Gläubiger anerkannt hat.

In den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals B. 48 S. 63 ff. ist ein Erkenntniß des dritten Senates vom 22. September 1863 mitgetheilt, welches die Frage behandelt:

Kann dadurch, daß der Aussteller einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Darlehns-Obligation den Cessionar des Darlehnsgebers für seinen Gläubiger anerkannt hat, der Beweis für die Hingabe der Darlehns-Valuta geführt werden, wenn zur Zeit des Anerkenntnisses die im § 738 Tit. 11 Th. I A. L. R. bestimmte Frist von 38 Tagen noch lief und innerhalb dieser Frist demnächst eine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche vermerkt ist?

A. L. R. Th. I Tit. 11 § 412.

Der Rechtsfall ist folgender:

Aus der Schuldverschreibung vom 6. Juli 1861 ist für den Particulier K. ein Darlehnscapital von 1000 Thlr. auf ein der Frau von S. gehöriges Grundstück eingetragen worden. K. cedirte die Forderung an den Hotelbesitzer D.

Am 6. August 1861 stellte Frau v. S. eine Erklärung notariell aus, in welcher es heißt:

Digitized by Google

ich erkenne nun hierdurch den Herrn D. als meinen nunmehrigen Gläubiger auf Höhe der cedirten 1000 Thlr. nebst Zinsen ausdrücklich an und verzichte auf das Recht, eine Protestation wegen nicht gezahlter Valuta in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, obwohl mir die rechtlichen Folgen dieser Entsagung hinreichend bekannt sind.

D. cedirte die Post hierauf an den Rentier B.

Ungeachtet ihrer vorstehenden Erklärung ließ Frau v. S. eine Protestation wegen nicht vollständig erhaltener Darlehnsvaluta im Hypothekenbuche vermerken. Auf Löschung dieser Protestation hat der Rentier B. gegen sie Klage erhoben und, nachdem er in erster Instanz vom Stadtgericht in Berlin durch Erkenntniß vom 3. December 1861 abgewiesen worden, in zweiter Instanz ein die Verklagte verurtheilendes Erkenntniß erstritten.

Auf die von der Letzteren eingelegte Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunales unterm 22. September 1862 das erste Urtel wieder hergestellt.

Gründe.

Ein Schuldschein begründet in der Regel die Vermuthung der Richtigkeit seines Inhalts. — § 732 Th. I Tit. 11 A. L. R. — Dies gilt auch von dem Geständnisse erhaltener Darlehnsvaluta. — § 733 l. c. — Der § 738 verordnet jedoch:

> Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das gerichtliche Hypothekenbuch bestimmt und darin wirklich eingetragen sind, tritt die Vermuthung, daß die Valuta nach dem Inhalte des Instruments wirklich gegeben worden, erst alsdann ein, wenn der Schuldner innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen.

Der Kläger hat nicht behauptet, daß bei Eintragung der von der Verklagten nachgesuchten Protestation die gesetzliche Frist von 38 Tagen überschritten worden sei. An sich war daher die Eintragung eine zulässige, wenngleich die Hypothek von 1000 Thlrn. aus der Schuldverschreibung vom 6. Juli 1861 sich nicht mehr in den Händen des ersten Inhabers befand. — § 425 ff. Tit. 20 Th. I A. L. R.

Daraus folgt, daß der Kläger, welcher die Löschung der Protestation fordert, die wirkliche Hingabe des verschriebenen Darlehns zu erweisen hatte. Statt diesen Beweis anzutreten, beruft sich der Kläger darauf, daß sein Cedent D., welchem der ursprüngliche Gläubiger L.

Digitized by Google

die Forderung am 1. August 1861 abgetreten hat, von der Verklagten zufolge Urkunde vom 6. August 1861 als ihr nunmehriger Gläubiger auf Höhe der cedirten 1000 Thlr. nebst Zinsen anerkannt und hierbei von der Verklagten auf das Recht, eine Protestation wegen nicht gezahlter Valuta in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, verzichtet worden ist.

Der Kläger erachtet hierdurch in Verbindung mit § 412 Th. I Tit. 11 A. L. R. die eingetragene Protestation für ausgeschlossen. Allein mit Unrecht.

Der § 412 l. c. setzt fest:

> Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen.

Die Praxis des Ober-Tribunals hat anerkannt, daß zu den hiernach verloren gehenden Einwendungen der Einwand nicht erhaltener Darlehns-Valuta zu zählen ist, — Rechtsfälle aus der Praxis des Ober-Tribunals neueren Verfahrens Bd. II S. 90, und daß dies nicht minder bei Hypothekenforderungen, wie bei bloßen persönlichen zutrifft, sofern die gesetzliche Frist zur Eintragung einer Protestation nicht inne gehalten ist. Das Gegentheil muß indeß angenommen werden, wenn — wie hier der Fall ist — die Anerkennung des Cessionars während des Laufes dieser Frist erfolgt und die Eintragung einer Protestation in Gemäßheit des § 738 Th. I Tit. 11 des A. L. R. rechtzeitig bewirkt ist. Denn dem Aussteller eines zur Intabulation in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldinstruments wird das als empfangen darin anerkannte Darlehn gewöhnlich erst gegen Aushändigung des wirklich eingetragenen Instruments gezahlt. Diese Erfahrung, welche in den Gesetzen wiederholt Ausdruck gefunden — § 13 Th. II Tit. 3 A. G. O. § 339 Tit. 2 Depositat-Ordnung, — § 171 ff. Tit. II Hypotheken-Ordnung — hat den Gesetzgeber bewogen, die Beweiskraft derartiger Schuldverschreibungen bis zum Ablaufe von 38 Tagen nach erfolgter Eintragung durch § 738 Th. I Tit. 11 A. L. R. zu suspendiren. Erst dann, wenn innerhalb dieser Frist im Interesse des Schuldners die Eintragung einer Protestation nicht veranlaßt ist, wird das Instrument mit den in § 739 ausgesprochenen weiteren Folgen ein beweisendes.

Bis zum Eintritte dieses Zeitpunktes ist es daher die Aufgabe des Cessionars einer solchen Forderung, in gleichem Maaße, wie für den

Digitized by Google

ersten Inhaber derselben, ihren anderweiten Nachweis zu führen, wenn er sie mit Erfolg behaupten will. Die Forderung muß — abgesehen von dem eingetragenen Instrumente — begründet werden. Dies aber kann durch ein Anerkenntniß des Cessionars von Seiten des Schuldners nach Maaßgabe des § 412 l. c. nicht geschehen, weil die rechtliche Wirksamkeit desselben nur in der Ausschließung von Einwendungen und Gegenforderungen des Schuldners aus der Person des Cedenten besteht, während es sich in dem vorausgesetzten Falle nicht sowohl um deren Beseitigung, sondern zunächst um den Beweis der cedirten Forderung selbst handelt. Erst wenn dieser erbracht ist, können die Einwendungen des Schuldners in Frage kommen.

Zwar finden, was den Beweis betrifft, die allgemeinen Beweisregeln Anwendung. — Präjudiz Nr. 1992. — Entsch. Bd. 16 S. 146 ff. — Doch ist er nach Vorstehendem dadurch, daß die Verklagte den D. als ihren Gläubiger anerkannt hat, nicht für geführt zu achten, und eben so wenig kann der Verzicht auf Eintragung einer Protestation mit Erfolg geltend gemacht werden. Der Verzicht hat vielmehr keine Kraft, ähnlich wie wenn er der ursprünglichen Schuldverschreibung einverleibt wäre. Es ergiebt sich dies aus der realen Natur des Darlehnsvertrages und aus § 738 Th. I Tit. 11 A. L. R.

Bei dem Mangel des Beweises des Darlehns kann es darauf nicht ankommen, ob der Kläger, — wie er versichert — nur mit Rücksicht auf die Urkunde vom 6. August 1861, welche die Verklagte angeblich auf sein Verlangen ausgestellt, die Hypothek der 1000 Thlr. erworben hat und ob er in allen Beziehungen in die Rechte des D. getreten ist oder nicht.

Anderer Seits darf aber auch dahin gestellt bleiben, ob der erst in der Revisionsinstanz von der Verklagten erhobene Einwand:

> daß D. arglistig sich in den Besitz der Urkunde vom 6. August 1861 gesetzt habe, in der Wahrheit beruht und dem Kläger entgegensteht.

Der Appellations-Richter, welcher die wahre Bedeutung des § 738 Th. I Tit. 11 A. L. R. nicht genug würdigt, hat mit Unrecht auf Grund des § 412 Tit. 11 und des § 259 Tit. 16 Th. I A. L. R. auf Löschung der Protestation erkannt.

Es war deshalb das erste, den Kläger abweisende Urtel wieder herzustellen.

Digitized by Google

Mit vollem Recht hat diese Ansicht des Ober-Tribunals bereits von mehreren Seiten Widerspruch erfahren.*) Sie darf daher auch in unsern „Beiträgen" nicht unbesprochen bleiben, zumal dieselbe den in der Abhandlung B. III S. 40 ff. daselbst über die Bedeutung der hier in Betracht kommenden Vorschrift des § 412 a. a. O. enthaltenen Ausführungen entgegensteht. Es ist darin der Nachweis versucht worden:

> daß uns im § 412 die Novation mit ihren Wirkungen entgegentritt, daß die mit einem dem Cessionar geleisteten Zahlungsversprechen verbundene Anerkennung über das Rechtsgebiet der Cession hinausreicht, indem sie dem Cessionar Rechte verleiht, welche die einfache Cession ihm niemals geben kann, ja daß die Cession nur den Uebergang zu dem nachfolgenden ganz selbständigen Verpflichtungsacte bildet, welcher das frühere Schuldverhältniß vollständig auflöst und ein neues, von diesem völlig unabhängiges an die Stelle treten läßt, und daher um so weniger irgend einer Anfechtung Seitens des Schuldners unterliegen kann, da das Gläubigerrecht des Cessionars nicht auf dem Cessionsakte, sondern auf dem novirenden Anerkennungsvertrage beruht.

Ist aber dieser Gesichtspunkt der richtige — und er ist vom Ober-Tribunal selbst in früheren Entscheidungen ausdrücklich anerkannt worden**) — so kann die oben aufgestellte, von unserem höchsten Gerichtshofe verneinte Frage streng genommen gar nicht einmal aufgeworfen werden. Denn in dem hier vorausgesetzten Falle hat der Cessionar eben nur den Anerkennungsvertrag (das Novationsgeschäft) darzuthun. Steht dieser fest, so ist damit von selbst die nova obligatio gegeben, welche den Cessionar der Nothwendigkeit überhebt, der im Hypothekenbuche eingetragenen Protestation gegenüber, den Beweis für die Hingabe der Darlehnsvaluta zu führen. Es läßt sich deshalb eine Verkennung des richtigen Gesichtspunktes schon darin finden, daß überhaupt von einem solchen Beweise noch die Rede ist. Die gedachte Protestation hebt ja nur die Beweisfähigkeit der ursprünglichen Darlehnsurkunde auf, berührt daher immer nur Denjenigen, der auf die Darlehnsobligation selbst sich stützt, und eben deshalb den besonderen Beweis über die Hingabe des Darlehns zu führen hat. Dies ist aber nicht der Cessionar, welchen der Schuldner „für seinen

*) Vergl. Stadtrichter R. Koch in der Deutschen Gerichtszeitung 1863 S. 143 und Prof. Dr. Hinschius in der Preuß. Anwalts-Zeit. 1863. S. 311, 312.

**) Vergl. Entsch. B. 11, S. 254, 255.

Digitized by Google

Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt hat." Ein solcher hat durch diese Anerkennung eine ganz selbständige Forderung erworben — eine Forderung, die allein auf der Novation beruht und demzufolge von dem früheren, dadurch getilgten Schuldverhältnisse vollkommen unabhängig dasteht. Eine nothwendige Consequenz davon ist, daß, wie der § 412 auch ausdrücklich ausspricht, „der Schuldner nicht mehr befugt ist, dem Cessionar Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen." [1])

Daß zu diesen im Falle des § 412 dem Schuldner verloren gehenden Einwendungen auch der Einwand der nicht erhaltenen Darlehnsvaluta gehört, ist in den oben mitgetheilten Gründen als feststehende Praxis des Ober-Tribunals anerkannt worden. Wenn nun eine Ausnahme hiervon für den Fall einer in Gemäßheit des § 738 Tit. 11 Th. I A. L. R. rechtzeitig bewirkten Eintragung einer Protestation behauptet und als Grund geltend gemacht wird:

> „weil die rechtliche Wirksamkeit des im § 412 gedachten Anerkenntnisses nur in der Ausschließung von Einwendungen und Gegenforderungen des Schuldners aus der Person des Cedenten besteht, während es sich in dem vorausgesetzten Falle nicht sowohl um deren Beseitigung, sondern um den Beweis der cedirten Forderung selbst handelt,"

so liegt in dieser Deduction nicht allein eine ganz unberechtigte Unterscheidung zwischen den dem Schuldner zustehenden Vertheidigungsarten,[2]) sondern auch die schon oben als irrig bezeichnete Anschauung, daß es sich hier noch um den Beweis der ursprünglichen Realobligation — des Darlehns — handelt, während wir es allein mit dem durch den Einwand der nicht erhaltenen Valuta gar nicht anfechtbaren Anerkennungsvertrage zu thun haben.

---

[1]) Vergl. Codex Fabrianus Lib. IV tit. VII def. 1: ... cessio, quae sciente et consentiente debitore facta est, .. sicut proxima est delegationi, ita eodem jure hactenus censeri debet, ut nulla exceptione repelli possit cessionarius, ne ea quidem, quae cedenti ipsi aut deleganti nocere potuisset...

[2]) Vergl. Prof. Dr. Hinschius a. a. O. S. 312.

Digitized by Google

Nr. 23.

Specialprozeß über eine bei der Kaufgelderbelegung gebildete Streitmasse. Anfechtungsrecht des postlocirten Gläubigers. Aufhebung von Hypothekenrechten durch Consolidation.

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Voigtel in Burg.

Die Grundstücke des Bäckers Gottlieb Gottschall in Gonman wurden am 18. Juni 1860 Schulden halber zur nothwendigen Subhastation gestellt. Auf denselben standen eingetragen:

1) ein Altentheil für den Erdmann Gottschall, Vater und Vorbesitzer des Subhastaten;
2) 300 Thlr. aus einer Obligation des Erdmann Gottschall vom 10. December 1817, für Johann Gottschall, den Großvater des Subhastaten, Vater und Vorbesitzer des Erdmann Gottschall.

Johann Gottschall ist am 27. November 1820 verstorben, und hat seinen Sohn, Erdmann Gottschall, zum alleinigen Erben ohne Vorbehalt hinterlassen. Letzterer hat die sonach auf ihn übergegangenen 300 Thlr. nicht löschen lassen. (Anh. § 52 z. A. L. R.) In dem Vertrage vom 8. Oktober 1856, durch welchen er die Grundstücke seinem Sohne, dem Subhastaten, verkaufte, hat aber Käufer von den eingetragenen Hypothekenschulden, welche (einschließlich dieser 300 Thlr.) sich auf 1400 Thlr. beliefen, nur 1100 Thlr. übernommen. Am 27. Mai 1857 erschien sodann Erdmann Gottschall vor Gericht und erklärte unter Bezugnahme auf seine Legitimation als alleiniger Erbe des Johann Gottschall, des eingetragenen Gläubigers der 300 Thlr.:

> „Diese Post ist auf mich vererbt. Da ich meinem Sohne, dem jetzigen „Besitzer des Grundstücks gegenüber verpflichtet bin, diese Post, welche „mein Sohn nicht übernommen, zur Löschung zu bringen, so be„antrage ich Löschung der Post der 300 Thlr. und Kassation des noch zu „übergebenden Instruments."

Im Kaufgelderbelegungstermine vom 4. Januar 1861 erschien sodann der Kaufmann Roch und liquidirte für den Erdmann Gottschall das Altentheil und die 300 Thlr. nebst 24 Thlr. Zinsen, obgleich die von ihm überreichte Vollmacht des Letzteren sich nur auf das Altentheil bezog. Beide Liquidate kamen zur Hebung, die 324 Thlr. aber wurden als Johann Gottschall'sche Streitmasse zum Depositum genommen, weil Roch das darüber lautende Dokument nicht übergab.

Am 9. Jan. 1861 erschien der Erdmann Gottschall wieder an Gerichtsstelle, erklärte, daß das Document über die 300 Thlr. ihm verloren gegangen

Digitized by Google

sei, und gab einen substantiirten Antrag auf Aufgebot und Amortisation desselben zu Protokoll. Hierbei wiederholte er die am 27. Mai 1857 abgegebenen Erklärungen. Zum Aufgebot kam es aber nicht, da der Erdmann Gottschall schon am 28. Januar 1861 verstarb, und bei der Inventirung seines Nachlasses das angeblich verloren gegangene Document vorgefunden wurde.

Nunmehr beanspruchten seine Intestaterben (der Subhastat Gottlieb Gottschall, die Ehefrau Wagenschein und der minorenne Franz Gottschall) die Streitmasse der 324 Thlr. als ein Nachlaß-Activum ihres Vaters. Dem trat der Oekonom Döring entgegen, welcher als postlocirter Gläubiger bei der Kaufgelderbelegung 1980 Thlr. aus der Obligation vom 11. Mai 1857 liquidirt hatte, und mit 630 Thlr. ausgefallen war. Er behauptete, daß ihm die 324 Thlr. auf seinen Ausfall gebührten, und ist gegen die drei Erdmann Gottschall'schen Erben mit dem Antrage klagbar geworden,

> den Widerspruch der Beklagten gegen die Auszahlung der Deposital-Masse an ihn als unbegründet zurückzuweisen, und die Beklagten zu verurtheilen, in die Auszahlung der Masse an Kläger zu willigen.

Von den Beklagten ist der Subhastat Gottschall im Klagebeantwortungstermine nicht erschienen. Die beiden andern Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten, und reconvenien do beantragt,

> principaliter den Kläger zu verurtheilen, darin zu willigen, daß die Streitmasse der 324 Thlr. zur Erdmann Gottschall'schen Nachlaßmasse gezahlt werde, eventuell die Widerbeklagten für nicht befugt zu erachten, der Auszahlung der Johann Gottschall'schen Streitmasse an Widerkläger zu widersprechen.

Zur Rechtfertigung dieser Anträge haben sie ausgeführt:

1. Kläger als nachstehender Hypothekengläubiger sei nicht befugt, die Legitimation der vorstehenden Gläubiger anzufechten, und den [redacted] Zahlung, Consolidation u. s. w. entgegenzusetzen, und das um so weniger, als der Löschungsantrag des Erdmann Gottschall vom 27. Mai 1857 erst nach Ausstellung der klägerischen Obligation vom 11. Mai 1857 erfolgt sei.
2. Da der Besitztitel für Subhastat Gottschall bereits am 8. October 1856 berichtigt worden, und dieser auf Grund der Erklärung seines Vaters vom 27. Mai 1857 keinen Löschungsantrag gestellt habe, so wache die Post noch. Der Antrag des Gläubigers

Digitized by Google

ohne hinzukommenden Antrag des Besitzers bewirke nicht die Aufhebung der Post.

3. Die Erklärung des Erdmann Gottschall vom 27. Mai 1857 sei einflußlos, da er damals das Document nicht überreicht habe. Er habe auch bei der Kaufgelderbelegung die Post noch liquidirt.

Das Kreisgericht zu Burg hat hierauf am 25. Februar 1862 erkannt:

I. in conventione, daß Kläger mit den in seiner Klage erhobenen Ansprüchen abzuweisen;

II. in reconventione, daß Widerkläger mit ihren in der Widerklage erhobenen Ansprüchen abzuweisen;

III. daß rücksichts der Johann Gottschall'schen Streitmasse das Kaufgelderbelegungsverfahren in der Subhastationssache fortzusetzen.

Das Erkenntniß ist, wie folgt, begründet:

1) Der Anspruch des Klägers ist rechtlich unbegründet. Jeder im Kaufgelderbelegungstermine anwesende Realgläubiger ist nach § 392 K. O. vom 8. Mai 1855 befugt,

> die Richtigkeit der einzelnen Forderungen zu bestreiten, insofern durch die Theilnahme derselben an der Masse seiner Befriedigung Eintrag geschieht.

Hieraus aber und aus der rechtlichen Natur der Sache ist es unbedenklich, daß dieses Bestreiten nur darauf,

> daß die Forderung von Anfang an ungültig sei,

nicht darauf gerichtet werden kann,

> daß sie später durch Zahlung, Compensation, Erlaß ꝛc. getilgt sei.

Denn die Tilgung der Hypothekenforderung hat nach Anh. § 52 zum Allg. Landrechte nicht die Aufhebung des Hypothekenrechts, vielmehr den Uebergang derselben auf den Grundbesitzer zur Folge. Ob aber dieser oder der ursprüngliche Hypothekengläubiger die Post gegen die Masse liquidire, daran hat der nachstehende Hypothekgläubiger kein rechtliches Interesse. Dadurch, daß der Grundbesitzer statt des befriedigten Gläubigers liquidirt, wird die Forderung des nachstehenden Gläubigers nicht in einer rechtlich unzulässigen Weise beeinträchtigt. Die nähere Ausführung und Begründung dieses Satzes ist in dem Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 19. Mai 1857 in überzeugender Weise geschehen. Wir können nur darauf hinweisen. (Entsch. Bd. 35 S. 472.)

Digitized by Google

Kläger als nachstehender Hypothekgläubiger war sonach gar nicht befugt, die Activ-Legitimation der Gottschall'schen Erben anzufechten, indem er den Einwand aufstellte,

daß ihr Erblasser über die Post quittirt, deren Löschung und die Cassation des Documents bewilligt habe.

Dem Kläger mangelt jede Legitimation zur Klage, jeder Anspruch auf die mit der streitigen Post gebildete Depositalmasse, jede Befugniß, die Rechte Dritter an dieser Masse, (seien sie auch noch so unbegründet) zu bestreiten und dies klagend durchzuführen. Der Widerspruch der beklagten Gottschall'schen Erben gegen die Auszahlung der Masse an Kläger war also an sich wohl begründet, wenngleich, wie unten zu 2 ausgeführt werden wird, den Beklagten, in Ermangelung eines eigenen Rechtes auf die Masse, die Legitimation zur Erhebung eines solchen Widerspruchs fehlte.

2) Die Beklagten sind, wie die Klage ergiebt, als Intestaterben ihres Vaters verklagt, indem behauptet wird, daß sie dessen Consolidations-Erklärung als ein Factum ihres Erblassers gegen sich gelten lassen müßten. Die Widerkläger andererseits leiten aus eben dieser ihrer Erbenqualität ihren Anspruch auf die Masse her. Die verschiedenen jene Post betreffenden Rechtsgeschäfte sind deshalb näher ins Auge zu fassen, und juristisch zu bestimmen.

Erdmann Gottschall hat die streitigen 300 Thlr. am 10. December 1817 von seinem Vater dargeliehen erhalten und die jetzt subhastirten Grundstücke dafür verpfändet. Dadurch, daß der Vater am 27. November 1820 starb, und den Erdmann Gottschall zum alleinigen Intestaterben ohne Vorbehalt hinterließ, ist nach Anh. § 52 zum Allg. Landrechte die Hypothekforderung der 300 Thlr. auf den Letzteren übergegangen. Er verblieb auch noch Eigenthümer der Forderung, als er am 8. October 1856 die Grundstücke an seinen Sohn, den Subhastaten, verkaufte, und behielt die freie Disposition über jene Hypothekforderung, obgleich er im Vertrage die Befreiung der Grundstücke von dieser Post versprochen hatte. (Erkenntniß des Ober-Trib. vom 27. Mai 1839 Entsch. Bd. 4 S. 51. Erkenntniß des Ober-Trib. vom 13. Februar 1852. Entsch. Bd. 22 S. 218.)

Wäre die Sache hierbei verblieben, und der Erdmann Gottschall, ohne weitere Erklärungen abzugeben, verstorben, so würden seine Intestaterben (die Beklagten) dem Subhastationsrichter gegenüber, jedenfalls die allein berechtigten Inhaber der Post gewesen sein. Denn die auf sie übergegangene persönliche Verbindlichkeit des Vaters,

Digitized by Google

die Grundstücke dem Subhastaten gegenüber von der streitigen Post zu exnexuiren,

hätte der Subhastat durch einen Arrest auf die Streitmasse, und einen Special-Prozeß gegen seine Miterben verfolgen müssen. Der Subhastationsrichter hatte ex officio keinen Anlaß, den persönlichen Exnexuationsanspruch zu berücksichtigen.

Die Sache ist aber nicht in dieser Lage verblieben. Vielmehr hat der Erdmann Gottschall in den gerichtlichen Protokollen vom 27. Mai 1857 und 9. Januar 1861 ausdrücklich erklärt,

daß er die Löschung der Post und die Cassation des Documents beantrage, weil er contractlich hierzu verpflichtet sei.

Diese Erklärung des Erdmann Gottschall enthält eine vollständige Aufgabe des Hypothekenrechts, und zwar ex titulo oneroso, da Subhastat die Forderung nicht übernommen, vielmehr die entsprechenden 300 Thlr. Kaufgeld baar gezahlt hatte, weil sich der Verkäufer zur Löschung der Post verpflichtet hatte. Durch diese Aufgabe des Hypothekenrechts ist dasselbe für den Hypothek-Gläubiger, und dessen Erben vollständig erloschen, ohne daß es noch einer Löschung desselben bedurfte. (Erkenntniß des Ober-Trib. vom 30. August 1849 — Entscheid. Bd. 18 S. 264.)

Mit der Erklärung v. 27. Mai 1857 ist die streitige Post nach Anh. § 52 A. L. R. auf den Grundeigenthümer und Subhastaten übergegangen und bis heute diesem verblieben, da er einen Löschungs-Antrag nicht gestellt hat (was beiläufig wegen des damals fehlenden Documents unterblieben zu sein scheint).

Plenar-Beschluß des Ober-Trib. vom 27. Mai 1839.
(Entscheid. Bd. 5 S. 51).
Präjudiz des Ober-Trib. vom 1. September 1838.

Erdmann Gottschall hat auch keineswegs die streitige Post im Kaufgelderbelegungstermine vom 4. Januar 1861 liquidirt. Die Liquidation ist vielmehr durch seinen Bevollmächtigten Roch erfolgt, dessen Vollmacht sich nur auf das Altentheil erstreckte, die streitige Post aber nicht erwähnte. In Wirklichkeit hat also nicht Erdmann Gottschall sondern der Subhastationsrichter ex officio (§ 390 K. O. vom 8. Mai 1855) die Post liquidirt.

Daß Erdmann Gottschall absichtlich jene 300 Thlr. nicht in die Vollmacht aufgenommen hat, und solche im Termine vom 4. Januar 1861 nicht liquidiren wollte, ergiebt recht deutlich der am 9. Januar 1861 (also 5 Tage später) gestellte Antrag auf Aufgebot des Docu-

Digitized by Google

ments, in welchem er der beantragten Löschung wiederholt Erwähnung thut, und die Amortisation des Instruments beantragt.

Die Forderung und die damit gebildete Streitmasse gehört also nicht den Erdmann Gottschall'schen Erben. Der Principal-Antrag der Widerklage ist unbegründet. Der eventuelle Antrag ist aber ebenfalls nicht begründet. Denn, wenngleich der Widerbeklagte (wie zu 1 ausgeführt ist) nach § 392 A. O. gar kein Bestreitungsrecht hatte, so fehlte doch auch den Widerklägern, in Ermangelung eines eigenen Rechts an der Streitmasse, jede Legitimation, um die Rechte anderer Personen an dieser Masse zu bestreiten, und dies prozessualisch durchzuführen. Für den eventuellen Klageantrag ist actio nata nicht gegeben.

3) Nicht bloß die formellen Grundsätze des Hypothekenrechts, sondern auch das materielle Recht und die Billigkeit stehen den Ansprüchen der Beklagten auf die Masse entgegen. In dem Kaufvertrage vom 8. October 1856 hat der Subhastat Gottschall die streitigen 300 Thlr. nicht übernommen, vielmehr dem Erdmann Gottschall einen entsprechend höheren Betrag des Kaufgeldes in der Voraussetzung gezahlt, daß Letzterer die übernommene Verbindlichkeit zur Löschung dieser 300 Thlr. auch erfüllen werde. Wenn nun die Beklagten außer jenem, um 300 Thlr. erhöhten Kaufgelde jetzt noch die Hypothekforderung resp. die damit gebildete Streitmasse beanspruchen, so verlangen sie jene 300 Thlr. doppelt, und würden sich also mit dem Schaden des Subhastaten offenbar bereichern. Und dies geschieht ganz gegen die in den Protokollen vom 27. Mai 1857 und 9. Januar 1861 ausgesprochene Absicht ihres Erblassers, ohne dessen schon am 28. Januar 1861 erfolgten Tod der Widerklage-Anspruch wahrscheinlich niemals erhoben wäre.

4) Die Hypothekforderung resp. die Streitmasse steht (wie zu 2 ausgeführt ist) nicht einer der Parteien, sondern dem Subhastaten Gottschall zu. Daß solcher sich dazu weder im Kaufgelderbelegungs-Termine gemeldet, noch in vorliegendem Prozesse die Klage beantwortet hat — ist sehr erklärlich. Er ist tief verschuldet, den ausgefallenen Hypothekgläubigern persönlich verpflichtet, und sich also wohl bewußt, daß die Streitmasse seinen Gläubigern zu ihrer Befriedigung gebühre. Diese Befriedigung können die ausgefallenen Gläubiger aber nicht im Wege des Kaufgelderbelegungs-Verfahrens verlangen, da Subhastat Gottschall wegen des fehlenden Documents nicht den Löschungsantrag gestellt hat und die Forderung sonach auf seinen Namen wachend geblieben ist. Wohl aber kann jene Befriedigung im Wege der Mobiliar-Exekution dadurch erfolgen, daß die ausgefallenen Gläubiger

Digitized by Google

sich die Masse assignationis resp. cessionis modo überweisen, oder auch solche sich vom Subhastaten, wenn er es will, freiwillig cediren lassen. Wirkliche, rechtlich gültige Schritte zu einer solchen Ueberweisung sind aber, Inhalts der Prozeßakten, von den Gläubigern noch nicht geschehen. Insbesondere ist die klägerische Behauptung zu Anfang der Replik:

> daß Subhastat mit der Ausschüttung der Masse an Kläger einverstanden sei, und daß seine Vernehmung dies ergeben werde,

nicht geeignet, einen rechtlichen Anspruch des Klägers auf die Masse zu begründen. Hätte Subhastat sein Recht auf die Masse dem Kläger abgetreten, so wäre Letzterer allerdings der zeitige rechtmäßige Eigenthümer der Masse. Aber diese Abtretung wäre ein neues und ganz anderes Klagefundament, als das in der Klage aufgestellte, welches letztere nur auf den § 392 K. O. und die Qualität des Klägers als nachstehenden ausgefallenen Hypothek-Gläubigers basirt ist. Dies neue Fundament kann als solches gar nicht mehr in diesem Prozesse geltend gemacht werden. In der Replik war es schon als neue Thatsache unzulässig.

5) Nach § 394 Konk.-Ord. hat das Gericht auch darüber zu entscheiden, an Wen? der streitige Kaufgelderbetrag auszuzahlen, oder nach Befinden die anderweite Vertheilung anzuordnen. Ersteres konnte nicht geschehen, da der Subhastat Gottschall, welchem die Masse zusteht, nur als Miterbe seines Vaters, nicht aus eigenem Rechte als Prozeßpartei aufgetreten ist, und da er im Klagebeantwortungstermine gar nicht erschienen und Ansprüche auf die Masse nicht erhoben hat. Es mußte also die letztere Alternative gewählt, und die anderweite Vertheilung angeordnet werden.

Das Liquidat ist auf den Namen des ursprünglichen eingetragenen Gläubigers als Johann Gottschall'sche Streitmasse zum Depositum genommen. Der Erbmann Gottschall, der alleinige legitimirte Erbe des eingetragenen Gläubigers, hat die Forderung im Kaufgelderbelegungstermine nicht liquidirt; denn sein Mandatar Roch hatte keine Vollmacht zur Liquidation dieser Forderung, event. hat er (wie die Protokolle vom 27. Mai 1857 und 9. Januar 1861 ergeben) gegen den Willen seines Machtgebers liquidirt. Der Subhastat als legitimirter Inhaber der Forderung, hat die Forderung ebenfalls nicht liquidirt. Sie ist also, wie oben ausgeführt, in Wirklichkeit vom Subhastationsrichter ex officio liquidirt worden.

Der Subhastationsrichter hat demgemäß einen neuen Termin zur Fortsetzung der Kaufgelderbelegung rücksichts dieser Streitmasse anzu-

Digitized by Google

beraumen, dazu den Extrahenten, Subhastaten und die ausgefallenen Realgläubiger vorzuladen. Der Kläger und die beklagten Gottschall'schen Erben als solche, sind auf Grund dieses Urtels mit ihren Ansprüchen an die Masse abgewiesen. Sie können also nicht mehr liquidiren. Sollte der Subhastat Gottschall abermals nicht erscheinen, oder keine Ansprüche auf die Masse machen, so ist nach § 405 sequ. Konk. Ord. vom 8. Mai 1855 zu verfahren.

Beide Theile haben Appellation eingelegt. Das Appellations-Gericht zu Magdeburg hat jedoch, den Rechtsausführungen des ersten Richters überall beitretend, am 14. October 1862 das Urtel I. Instanz durchgehends bestätigt.

Nr. 24.

Wenn ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament Seitens der Pflichttheilserben mit Erfolg angefochten worden, treten dadurch die Vorschriften der §§ 492, 493 Tit. 1 Th. II des Allg. Landrechts außer Wirksamkeit?

In dem zweiten Hefte dieses Jahrgangs der „Beiträge" S. 256 f. ist ein die obige Frage verneinendes Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 22. October 1863 mitgetheilt worden.

Diese Entscheidung ist auf die von dem Verklagten dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde durch das Urtheil des Ober-Tribunals vom 15. April 1864 vernichtet und in der Sache selbst das Erkenntniß erster Instanz bestätigt worden.

Die Gründe lauten:

Der Implorant beschuldigt den Appellationsrichter, daß er das Wesen des Pflichttheils, als einer Quote der Intestatportion verkannt, die §§ 391, 392 Th. II Tit. 2 A. L. R. verletzt und gegen die §§ 492, 493 Th. II Tit. 1 A. L. R. verstoßen habe. Diese Beschwerde muß auch für begründet erachtet werden. Die Klägerinnen können ihren vermeintlichen Anspruch auf den Nachlaß des Wilhelm Haake nur auf das Testament der Eheleute Wilhelm Haake gründen. Ihre rücksichtlich des Nachlasses beider Eheleute fideikommissarische, beziehungsweise bedingte Erbeseinsetzung auf das übrigbleibende Vermögen läßt sich nur als ein untrennbarer Vortheil, welcher den Klägerinnen durch diese

Digitized by Google

letztwillige Verordnung ihrer Mutter resp. Großmutter zugewendet war, betrachten. Eben deshalb ist auch die aus dem § 492 Theil II Titel I des A. L. R. herzuleitende Verpflichtung des überlebenden Ehegatten, von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abzugehen, nur als eine den Klägerinnen Seitens ihrer Mutter, resp. Großmutter zugewendeter Vortheil, als die der Erbeseinsetzung des Wilhelm Haake stillschweigend und kraft des Gesetzes beigefügte Beschränkung zu Gunsten der Klägerinnen zu betrachten. In der Wahl des gesetzlichen Pflichttheils, als einer Erbfolge im Widerspruch gegen das Testament des zur Hinterlassung eines Pflichttheils verbundenen, ist schon an und für sich eine Abstandnahme von den Zuwendungen des Testaments enthalten. Da nach § 396 Theil II Titel 2 A. L. R. Alles, was einem Kinde auf den Sterbefall, es sei unter welchem Namen es wolle, von den Aeltern zugewendet wird, auf den Pflichttheil anzurechnen ist, so folgt auch hieraus, daß, wenn der Pflichttheil zum vollen Betrage, wie hier, gefordert und erstritten worden ist, nicht nebenher noch auf eine weitere Zuwendung aus dem Testamente Anspruch gemacht werden kann, daß vielmehr dieser Pflichttheil als der Ersatz und die volle Abfindung für alle im Testamente enthaltenen Zuwendungen anzusehen ist. Die Klägerinnen sind also durch den Pflichttheil bezüglich ihres ganzen, ihnen im Testamente zugewendeten eventuellen Anspruchs auf das nach dem Tode der Testatoren übrig bleibende Vermögen, völlig abgefunden. Sie haben aber deshalb auch keine weitere Berechtigung, die spätere Disposition des Wilhelm Haake anzufechten und dem Verklagten sein auf dieser Disposition beruhendes Erbrecht streitig zu machen.

Wenn der Wilhelm Haake die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente auch angetreten hatte und daher nach § 492 Tit. 1 Th. II A. L. R. allerdings verbunden gewesen wäre, von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abzugehen, so konnte dies doch dann nicht weiter maaßgebend sein, nachdem — wie hier geschehen — die im Testament fideicommissarisch, beziehungsweise bedingt instituirten Erben, dem eingesetzten Universalerben den ihm zugedachten alleinigen Besitz der Erbschaft streitig machten, und, statt sich bei jener in Aussicht gestellten testamentarischen Succession zu beruhigen, den gesetzlichen Pflichttheil verlangten. Der § 492 l. c. setzt doch, indem er die Annahme aus dem Testamente erfordert, zugleich voraus, daß dem instituirten Ehegatten diese Erbschaft, wie sie im Testamente bestimmt worden, von den im § 493 gedachten Kindern selbst nicht streitig gemacht und vielmehr belassen wird.

Digitized by Google

Auch aus diesem Gesichtspunkte erscheint daher die Berufung der Klägerinnen auf die §§ 492, 493 l. c. nicht gerechtfertigt. Der vorige Richter, der sie dennoch hierzu für berechtigt erachtet, hat daher rechtsgrundsätzlich verstoßen und sein Urtheil unterliegt demnach, zufolge §§ 4 und 17 der Verordnung vom 14. December 1833 der Vernichtung. In der Sache selbst folgt aber aus den vorstehenden Gründen der Vernichtung, daß das die Klage abweisende Urtel erster Instanz, auf die Appellation der Klägerinnen, bezugsweise ihres Ehemannes und Vaters, zu bestätigen ist.

Bei der wohl nicht zu verkennenden Zweifelhaftigkeit der Sach mögen hier einige Bemerkungen gestattet sein.

Der Schwerpunkt der vorstehenden Entscheidung des höchsten Gerichtshofes beruht offenbar darauf, daß das gemeinschaftliche Testament der Eheleute Wilhelm Haake und folgeweise die darin rücksichtlich ihrer Kinder bez. Stiefkinder getroffene Bestimmung als ein untrennbares Ganzes angesehen wird. Gerade diese Auffassung ist es aber, gegen deren Richtigkeit sich Bedenken erregen lassen.

Das vorliegende Testament stellt allerdings formell ein Ganzes dar. Es enthält die einen einheitlichen Akt bildende, gemeinsame Anordnung der testirenden Eheleute, daß der Ueberlebende von ihnen der alleinige Erbe sein und nach dessen Tode sein gesammter Nachlaß den Kindern der mittestirenden Ehefrau aus erster Ehe als Erben zufallen solle. Allein diese formelle Zusammenfassung der beiderseits gewollten Erbeseinsetzung kann uns nicht hindern, zwei besondere letzte Willen darin zu erkennen, also zwischen der Erbschaft der Mutter der Kläger und ihres nachher verstorbenen Stiefvaters zu unterscheiden. Die Erbeseinsetzung der Kläger war in Ansehung des Nachlasses der testirenden Eheleute eine ganz verschiedene. Zur Erbschaft des Erstverstorbenden waren sie nur fideicommissarisch, also bedingt, zur Erbschaft des Längstlebenden aber unmittelbar (direkt) und ganz unbedingt berufen.

Zunächst handelte es sich ausschließlich um den Nachlaß der Mutter, welcher allein die Kläger als Pflichttheilserben gegenüberstanden. Als solche brauchten sie sich die ihren Pflichttheil belastende fideicommissarische Erbeseinsetzung nicht gefallen zu lassen, sondern konnten statt deren den Pflichttheil wählen. Dadurch, daß sie dieses in Wirklichkeit thaten und demgemäß eine Auseinandersetzung mit ihrem Stiefvater bewirkten, waren sie in Ansehung des mütterlichen Nach-

Digitized by Google

lasses, also aller durch das zunächst ins Leben getretene Testament ihrer Mutter ihnen zugedachten Vortheile, vollständig abgefunden. Es erscheint jedoch immerhin bedenklich, diese Abfindung ohne Weiteres auf den damals noch gar nicht zur Sprache kommenden künftigen Nachlaß des Stiefvaters auszudehnen. Letzterer war durch die Annahme der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament vermöge der Vorschrift des § 492 Tit. 1 Th. II A. L. R. an seine eigenen Verordnungen gebunden, da seine Ehefrau unzweifelhaft ihn unter der Voraussetzung zum alleinigen Erben ernannt hatte, daß mit seinem Tode sein gesammter Nachlaß ihren Kindern zufallen werde. Es fragte sich daher nur:

> ob der Stiefvater der Kläger in Folge der von diesen gegen das mütterliche Testament geltend gemachten Pflichttheilsberechtigung jener durch das Gesetz ihm auferlegten Beschränkung wieder enthoben war, also nunmehr frei über seinen dereinstigen Nachlaß verfügen durfte.

Der zweite Richter hat diese Frage verneint, weil die dem Wilh. Haake von seiner Ehefrau testamentarisch zugewendeten Vortheile zwar durch die von den Klägern erwirkte Herausgabe des Pflichtheiles geschmälert, ihm aber doch nicht entzogen worden seien, vielmehr im Uebrigen das gedachte Testament seine Kraft behalten habe.

Das Ober-Tribunal erklärt jedoch den § 492 a. a. O. nur unter der Voraussetzung für anwendbar:

> „daß dem instituirten Ehegatten die Erbschaft, wie sie im Testamente bestimmt worden, von den im § 493 gedachten Kindern selbst nicht streitig gemacht und vielmehr belassen wird."

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Ansicht viel für sich hat.

Es ist daher nur der Zweck dieser Zeilen, die Entscheidung der obigen Frage als zweifelhaft darzustellen und zur weiteren Prüfung, die wir überhaupt durch einen Spruch der höchsten Instanz niemals ausgeschlossen wissen möchten, anzuregen.

Digitized by Google

Nr. 25.

Ist der Eigenthümer einer durch ihre Ausströmungen den Nachbarn schädlichen Fabrik für diesen Schaden auch dann verhaftet, wenn derselbe aus einer Zeit herrührt, wo die Fabrik von ihm verpachtet war?

Der Eigenthümer mehrerer Koaks-Oefen, von dem benachbarten Grundbesitzer auf Ersatz des durch die ausströmende Hitze an seinen Feldfrüchten erlittenen Schadens belangt, machte den Einwand, daß in der betreffenden Zeit die Fabrikations-Anstalt von ihm verpachtet gewesen sei.

Der erste Richter verurtheilte ihn gleichwohl zu dem geforderten Schadensersatze, in Erwägung:

> daß der Verklagte die Oefen offenbar zur Koaks-Bereitung verpachtet habe, mit den nachtheiligen Folgen dieser Fabrikation bekannt gewesen sei, und deshalb für den erwachsenen Schaden, der sich als eine mittelbare Folge seiner Handlung darstelle, aufkommen müsse.

Dieses Erkenntniß ist auf die Appellation des Verklagten durch das Urtheil des Appellationsgerichts zu Hamm vom 4. Februar 1864 nur aus dem Grunde bestätigt worden, weil der Verklagte über die behauptete, von dem Kläger bestrittene Verpachtung nicht einmal Beweis angetreten hatte. Hiernach blieb die Richtigkeit des Entscheidungsgrundes des ersten Richters dahin gestellt.

Es mögen deshalb einige Bemerkungen über die oben aufgestellte Frage hier angeknüpft werden.

Es ist als ein feststehender Rechtsgrundsatz anzusehen:

> daß Jeder die auf seinem Grunde und Boden in Ausübung seines Eigenthums vorzunehmenden Handlungen so einzurichten hat, daß dieselben in keiner Weise einen Uebergriff in das Rechtsgebiet des Nachbars enthalten. *)

---

*) Vergl. die Glossen zu §§ 26—28 Tit. 8 Th. I des A. L. R. in diesen „Beiträgen" VI. S. 112 f.

Zu der dort angeführten Literatur ist noch hinzuzufügen: Dr. Wernberg: Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern der Dogmatik VI Nr. I.),

Ihering: Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthums der Nachbarn (ebendaselbst S. 81 f. 83 f. 110 f.),

Hesse: Zur Lehre von den nachbarlichen Verhältnissen der Grundeigenthümer (ebendaselbst S. 378 f.).

Digitized by Google

Wer diesem Rechtssatze entgegenhandelt, macht sich einer Widerrechtlichkeit, also einer unerlaubten Handlung, schuldig und haftet daher nach den gewöhnlichen Grundsätzen über die civilrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen für den daraus entstandenen Schaden.

Wir haben es hier also nicht mit einem bloßen opus, für dessen Bestehen der Grundeigenthümer verantwortlich gemacht werden könnte, zu thun, sondern mit einer Handlung, nämlich dem den Nachbarn nachtheiligen Gebrauche dieses opus. Nur derjenige, der diese Handlung vornimmt, ist der Schadensurheber. Er kann daher auch allein zum Schadensersatze verpflichtet sein. Freilich bleibt der Eigenthümer des opus, der Fabrikherr, immer selbst der Handelnde, wenn er die Fabrikationsanstalt durch seine Leute — Arbeiter, Aufseher, Verwalter ꝛc. — betreiben läßt. Dies ist aber keineswegs der Fall, wenn er den Betrieb des Werkes einem Dritten für dessen eigene Rechnung pachtweise überlassen hat. Hier scheidet der Eigenthümer bei diesem Betriebe ganz aus und der Pächter tritt an seine Stelle und zwar mit voller Selbständigkeit; er handelt für sich und nicht als Repräsentant des Eigenthümers. Hält man diesen Gesichtspunkt fest, so kann man unmöglich mit dem ersten Richter den Verpächter der Fabrik als den mittelbaren Schadensurheber ansehen. Die Verpachtung steht mit dem eingetretenen Schaden in gar keinem Zusammenhange. Sie ist eine völlig erlaubte Eigenthumshandlung, die keinen Dritten irgend etwas angeht. Der Schaden ist immer nur durch den dem Nachbar nachtheiligen Betrieb des verpachteten Werkes entstanden, und für diesen hat, dem Beschädigten gegenüber, allein der Pächter einzustehen, weil nur er als der Handelnde erscheint, und also seine Sache es ist, das gepachtete Werk für seine Zwecke so zu benutzen, daß er dem Nachbar keinen Schaden zufügt. Eine ganz andere Frage ist, ob nicht dem Pächter seinerseits ein Regreßanspruch an den Verpächter in dem Falle zusteht, wenn die Fabrikations-Anstalt so eingerichtet ist, daß bei ihrem Betriebe nothwendig schädliche Dünste auf das Nachbargrundstück hinübergeleitet werden, wenn sie also mit einem ihren Gebrauch hindernden Fehler behaftet ist. Diese Frage berührt ausschließlich das zwischen dem Pächter und Verpächter bestehende Obligationsverhältniß. Der beschädigte Dritte, dessen Anspruch lediglich in einer unerlaubten Handlung beruht, hat es nur mit dem Pächter, als dem alleinigen Beschädiger zu thun.

H. 1439.

Digitized by Google

Nr. 26.

Exceptio plurium zur Widerlegung der Behauptung der Alimentenklägerin, daß auch ein schon früher außer der Ehe von ihr geborenes Kind vom Verklagten erzeugt sei.

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen.

Die unverehelichte Justine N. klagte gegen den Wirth Wilhelm M. als ihren Schwängerer auf Niederkunftskosten und Alimente für ihr am 9. Juli 1863 außer der Ehe geborenes Kind Carl Gustav. Sie gab selbst an, schon früher, am 23. September 1859, ein Kind, Marie Elise, außerehelich geboren zu haben, bemerkte aber, daß der Wilhelm M. Erzeuger auch dieses früheren Kindes sei und bezog sich zum Beweise dessen auf einen notariellen Vertrag vom 23. October 1862, den sie im Beistande ihrer Eltern mit demselben errichtet hatte und in dem es hieß:

> „Der Wirth Wilhelm M. und die Justine N. haben schon seit längerer Zeit in einem stillen bräutlichen Verhältnisse mit einander gestanden und in diesem Verhältnisse mit einander ein am 29. September 1859 geborenes, auf die Namen Marie Elise getauftes Kind erzeugt. Um die Ehre der Justine N. wieder herzustellen, erklären jetzt der Wirth Wilhelm M. und die Justine N., und zwar die Letztere mit Genehmigung ihrer Eltern, der Wirth N'schen Eheleute, zu öffentlichem Glauben sich mit einander verlobt und versprechen sich wechselseitig einander zu heirathen und die Ehe binnen spätestens 5 Jahren zu vollziehen."

Der Verklagte setzte dem Anspruch der Klägerin unter Anderm entgegen, daß sie in der gesetzlichen Conceptionszeit des am 29. September 1859 geborenen Kindes noch mit anderen Männern außer ihm den Beischlaf vollzogen habe; auch daß er hiervon erst nach Aufnahme des Vertrags vom 23. October 1862 Kenntniß erhalten. Für Beides trat er Zeugenbeweis an, auf den der Prozeßrichter jedoch nicht einging, u. E., in Betreff des ersten Theils der Behauptung mit Unrecht.

Die Sache liegt prozessualisch so, daß der Verklagte Abweisung der Klägerin verlangt, weil sie schon früher außerehelich geschwängert worden; die Klägerin darauf replicirt, der Verklagte selbst habe sie auch früher geschwängert; § 9 Nr. 2 lit. c. des Gesetzes vom 24. April 1854 (G.-S. S. 193), der Verklagte hinwiederum als Duplik aufstellt, die Klägerin habe in der Conceptionszeit jenes früheren Kindes, wenngleich, wie er zugesteht, mit ihm, so doch auch mit andern Männern concumbirt.

Digitized by Google

Auf die Entscheidung der Frage, ob diese letztere Anführung des Verklagten erheblich sei, kann zunächst der angeführte Inhalt des Vertrages vom 23. October 1862 von keinem Einfluß sein. Gesetzt auch, es wäre darin ein ausdrückliches Anerkenntniß der Vaterschaft zu jenem früheren Kinde zu finden, so ist solchem Anerkenntniß die hier in Frage stehende Wirkung:

> dem Anerkennenden die Behufs Abwendung der Pflichten der unehelichen Vaterschaft nach dem Gesetz an sich zustehenden Einreden, speziell die Einrede aus § 9 Nr. 1 des allegirten Gesetzes abzuschneiden,

in § 13 Nr. 2 ebend. doch nur in Betreff des Anspruchs des anerkannten unehelichen Kindes gegeben. Wenn schon bezüglich eben der Schwängerung, auf welche sich das Anerkenntniß bezieht, dasselbe für die persönlichen Ansprüche der Mutter die hervorgehobene Wirkung nicht hat, so kann es diese Wirkung, wo es sich um die Ansprüche von Mutter und Kind aus einer späteren Schwängerung handelt, gewiß noch weniger haben.

Das in dem Vertrage vom 23. October 1862 abgegebene Anerkenntniß des Verklagten, das am 29. September 1859 von der Klägerin geborene Kind mit derselben erzeugt zu haben, hat mithin für den hier vorliegenden Anspruch nur die Wirkung des vom Verklagten schon ohnehin abgegebenen Zugeständnisses, der Klägerin in der Conceptionszeit jenes früheren Kindes beigewohnt zu haben.

Kann der Verklagte nun aber der aus diesem Zugeständniß nach § 15 des Gesetzes ihm entgegenstehenden Präsumtion, daß er der Erzeuger des früher geborenen Kindes der Klägerin sei, durch die Behauptung begegnen, daß die Klägerin während der Conceptionszeit desselben mit noch andern Männern den Beischlaf vollzogen habe?

Die Bestimmung im § 9 Nr. 1 des Gesetzes, das ist einzuräumen, entscheidet diese Frage direkt nicht. Sie giebt die exceptio plurium nur zur Beseitigung des Anspruchs aus der Schwängerung, auf welche die exceptio sich bezieht. Um diesen Anspruch aus jener früheren Schwängerung aber handelt es sich hier nicht.

Gleichwohl erscheint die Statthaftigkeit dieser exceptio auch für den vorliegenden Fall unbedenklich.

Der Rechtsvorschrift des all. § 15, welche den Konstuprator als den Erzeuger des unehelichen Kindes ansieht, steht das Naturgesetz gegenüber, daß nur Einer der Erzeuger des Kindes sein kann. Abweichend von dem älteren Recht, welches die Rechtsvorschrift zur Fiktion

Digitized by Google

erhob, den Konstuprator also auch da als den Erzeuger des Kindes behandelte, wo feststand, daß noch Andere der Mutter in der Conceptionsfrist beigewohnt hatten: A. L. R. II. 2 § 619, hat in dem neueren Recht die Rechtsvorschrift nur die Bedeutung einer Präsumtion, welche nur so lange gilt, als sie mit dem Naturgesetz nicht in Widerspruch tritt; welche daher wegfällt, wenn feststeht, daß Mehrere der Mutter des Kindes in der Conceptionszeit beigewohnt haben.

Ist hiernach der § 9 Nr. 1 des Gesetzes als bloße Anwendung des entwickelten Princips zu erkennen — und für diese Erkenntniß spricht namentlich auch die Entgegensetzung der unter Nr. 2 daselbst gegebenen, auf dem Princip der geschlechtlichen Bescholtenheit beruhenden Einreden — so ist damit auch geboten, dasselbe Princip: die Beseitigung der im § 15 aufgestellten Regel durch den erbrachten Nachweis der exceptio plurium, allgemein und speziell auf die hier vorliegende Frage zur Anwendung zu bringen.

Wollte man aber auch diesem Princip die Anwendung auf unsern Fall versagen, und gegentheils dem § 15, abgesehen von dem im § 9 Nr. 1 direkt entschiedenen Fall, eine absolute und durch Gegenbeweis nicht zu beseitigende Wirkung beilegen, so müßte man diese Wirkung doch immer nach beiden Seiten hin gelten lassen; wie gegen den Verklagten, so auch gegen die von ihm namhaft gemachten dritten Konstupratoren. Der § 9 Nr. 2 lit. c., wonach der Anspruch wegfällt, wenn die Geschwängerte

> schon früher außer der Ehe von einem andern als dem als Erzeuger des Kindes bezeichneten Manne geschwängert worden ist,

würde dann rechtlich die Bedeutung haben, daß der Anspruch cessire,

> wenn die Geschwängerte in der Conceptionszeit eines früher geborenen Kindes mit einem andern als dem jetzt in Anspruch Genommenen den Beischlaf vollzogen hat;

und diese Voraussetzung würde, wenn auch der Beischlaf mit dem in Anspruch Genommenen selbst erwiesen oder zugestanden, gleichwohl durch den Nachweis der vom Verklagten geltend gemachten exceptio plurium dargethan werden.

Digitized by Google

Nr. 27.

Wie ist die Beweislast zu regeln, wenn eine aus dem Ehegelöbnisse klagende Braut von dem Verklagten, unter Hinweisung auf ihre Schwangerschaft, der Untreue beschuldigt wird, die Klägerin aber den Verklagten für ihren Schwängerer erklärt?

In dem VII. Jahrgange dieser „Beiträge" S. 51 ff. findet sich die Kritik eines Erkenntnisses unseres Ober-Tribunals vom 9. Juli 1860*), welches die Frage behandelt:

> Wie ist die Beweislast zu regeln, wenn im Schwängerungs-Prozesse vom Verklagten behauptet wird, die Klägerin sei schon früher außer der Ehe von einem andern Manne als dem Verklagten geschwängert worden, die Klägerin aber den Verklagten auch für ihren früheren Schwängerer erklärt?

Zur Unterstützung der jener Entscheidung entgegengesetzten Ausführungen möge hier ein Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 22. October 1862, **) welches eine ganz ähnliche Frage, nämlich die oben aufgestellte, zum Gegenstande hat, mitgetheilt werden.

Die Klägerin trat, gestützt auf ein gültiges Eheverlöbniß, klagend gegen ihren Bräutigam auf, weil dieser sich weigerte, das Verlöbniß durch Trauung vollziehen zu lassen, wozu sie denselben, eventuell zur Entschädigung, zu verurtheilen bat. Der Beklagte excipirte: die Klägerin habe vor kurzem bei verschiedenen Personen erklärt, sie sey schwanger; dieß berechtige ihn zum Rücktritt vom Verlöbniß, denn: 1) sey die Schwangerschaft wirklich vorhanden, dann habe die Klägerin die Verlöbnißtreue gebrochen, da eine fleischliche Vermischung zwischen ihm und der Klägerin nie stattgefunden habe; 2) sey Klägerin aber auch *nicht* schwanger, dann folge aus jener Erklärung doch wenigstens so viel, daß sie mit einer *andern* Mannsperson fleischlichen Umgang gepflogen, die Verlöbnißtreue gebrochen habe; 3) unter allen Umständen — also wenn die Klägerin sich einem Dritten hingegeben — brauche der Beklagte eine Braut nicht zu heirathen, die von sich selbst erzähle, daß sie schwanger sey, und hiermit an den Tag lege, daß sie auf ihre Frauenehre nichts halte, sich nicht entblöde, sich selbst zu beschimpfen. Klägerin replicirte: Sie habe allerdings geäußert: *sie sey schwanger*

---

*) Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 43 S. 206 ff.

**) *Seuffert*, Archiv Bd. XVI Nr. 50.

Digitized by Google

von dem Beklagten und wiederhole dieß ausdrücklich. Beklagter duplicirte: Nach dem Geständniß der Klägerin stehe ihre Schwangerschaft fest, zum Beweise ihrer Behauptung aber, daß der Beklagte der Urheber der Schwangerschaft sey, könne Klägerin nicht zugelassen werden, weil das großh. hess. Particulargesetz vom 30. Mai 1821 jedes gerichtliche Verfahren, welches zum Zweck habe, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes zu entdecken oder zu überführen, untersage; die Klage sey also zu verwerfen.

In oberster Instanz wurde abändernd erkannt:

„daß die erhobene Klage zuzulassen und für begründet zu erklären sey, soferne der Beklagte nicht erweisen könne: daß die Klägerin die Verlöbnißtreue dadurch gebrochen habe, daß sie geschlechtlichen Umgang mit einem Andern als dem Beklagten gepflogen habe."

Der höchste Gerichtshof ging dabei von folgenden Erwägungen aus:

1) Die entscheidende Frage, ob die während eines Verlöbnisses entstandene Schwangerschaft der Braut an sich schon zur Begründung einer Einrede des auf Vollzug belangten Bräutigams hinreiche, eine justa causa repudii enthalte, ob nicht vielmehr die Thatsache und deren Beweis erforderlich sey „daß die Braut die Verlöbnißtreue durch Geschlechtsumgang mit einem andern Manne gebrochen habe," ist zwar allerdings von andern höchsten Landesgerichten

cf. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 37 und Bd. 6 Nr. 210

im Sinne der unterrichterlichen Entscheidung, dagegen von dem O. A. G. zu Darmstadt constant in entgegengesetzter Weise beantwortet worden,

Reinhart gegen Georg. Urth. v. 20. Aug. 1861; Runkel gegen Usinger, Urth. v. 7. Febr. 1862

wobei man von folgenden Grundsätzen ausgeht:

Bruch der Verlöbnißtreue begründet zwar eine justa causa repudii, der Beweis derselben fällt aber nicht mit der Schwangerschaft einer Braut an sich schon zusammen, es muß vielmehr ein Weiteres hinzukommen, d. h. die Verlobte muß mit einem Andern, als mit dem Verlobten selbst, Geschlechtsumgang gepflogen haben; dieß aber hat, da eine Vermuthung weder dafür, daß der Bräutigam Schwängerer sey, noch dagegen streitet, der Beklagte zu beweisen, wenn er auf die Schwangerschaft der Braut gegen die Klage derselben auf Vollzug des Verlöbnisses einen Einwand stützen will; denn es ist eben eine petitio principii, daß der Treubruch mit der außerehelichen Schwangerschaft

Digitized by Google

bewiesen sey; in der Regel enthält dieselbe zwar den Beweis einer Immoralität, nicht jede Unsittlichkeit aber berührt zugleich das Rechtsgebiet, und jener Zustand begründet namentlich dann nicht das Rücktrittsrecht des Bräutigams, wenn er der Autor, ihm gegenüber also die Treue nicht gebrochen ist, er sich in pari turpitudine befindet. Dagegen spricht auch nicht die vom Oberappellanten behauptete Analogie, daß ja verheimlichte Schwangerschaft, Mangel der Virginität, einen Nichtigkeitsgrund der Ehe abgebe. Denn ganz abgesehen davon, ob der def. virg. zur Ehescheidung berechtige (v. Grolman, Kirchenrecht § 234 Nr. 6), betrachten die Rechtslehrer jene Zustände nicht etwa wie Währschaftsfehler, sondern im Zusammenhange mit dem Willensmangel des einen Contrahenten, als Irrthum, Betrug.

cf. v. Grolman, § 233; Glück, B. 12 § 1194; Schott, Eherecht § 89 und 90.

Wie nun die bloße Schwangerschaft der Geehlichten den Mann nicht ohne Weiteres zur Ehescheidungsklage berechtigt, sondern nur dann, wenn sie verheimlicht war, also Betrug dabei concurrirte, so wird das Recht, vom Verlöbniß zurückzutreten, ebenfalls nicht durch die Thatsache der Schwangerschaft begründet, sondern nur dann, wenn damit zugleich Geschlechtsumgang mit Dritten behauptet, resp. bewiesen wird; steht Letzteres fest, so ist, die Schwangerschaft rühre her von wem sie wolle, das Rücktrittsrecht begründet.

2) Daraus folgt zugleich, daß der Beklagte als Excipient beweispflichtig und in der Angabe der Klägerin, der Beklagte sey der Schwängerer, keine Replik enthalten ist.

3) Der Beweisauflage an den Beklagten steht auch das Gesetz vom 30. Mai 1821 nicht entgegen, weil dasselbe, als correctorisches, strict zu interpretiren ist, und es nicht hindert, auf Beweis eines außerehelichen Geschlechtsumganges und hierdurch begangenen Treubruches zu erkennen.

Digitized by Google

Nr. 28.

Gehört ein Kaufgelderrückstand, den der Verkäufer dem Gutsannehmer zinsfrei beläßt und seinem Kinde in Anrechnung auf die künftigen Erbgelder übereignet, zum freien Vermögen des Kindes?

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen.

Die Wirth Gimboth'schen Eheleute hatten dem J. G. Muddelsee, dem Stiefsohne des Mannes und leiblichen Sohne der Ehefrau, ihr Grundstück Plibischken Nr. 8 durch Vertrag vom 26. December 1845 verkauft.

Die Verkäufer, heißt es in dem Vertrage, übereignen ihrem Sohne Gotthard Gimboth 333 Thlr. 10 Sgr. Kaufgeld ratione der künftigen Erbgelder und setzen fest, daß diese Summe unverzinst gegen sechsmonatliche Kündigung gegen Eintragung beim Käufer stehen bleibe.

Gotthard Gimboth, für den der genannte Kaufgelderbetrag eingetragen wurde und auf Höhe von 133 Thlr. 10 Sgr. noch eingetragen steht, starb am 2. März 1850 und hinterließ zu seinen testamentarischen Erben seinen Vater und den J. G. Muddelsee. Der Vater starb später und die Wirthsfrau Schoen wurde seine alleinige Erbin.

Das dem Muddelsee überlassene Grundstück Plibischken Nr. 8 hat nach seinem Tode seine Witwe, die jetzt verehelichte Köllmar Ebel, aus dem Nachlaß zum Alleineigenthum überkommen.

Die Ebel'schen Eheleute sind gegen die Frau Schoen auf Ausstellung löschungsfähiger Quittung über die für Gotthard Gimboth noch eingetragenen 133 Thlr. 10 Sgr. klagbar geworden. Die Richtigkeit der von ihnen zum Beweise, daß Muddelsee diese Forderung an Gotthard Gimboth gezahlt, beigebrachten, von Letzterem ausgestellten Quittung wurde auch erwiesen; von der Verklagten aber der Einwand erhoben, daß Gotthard Gimboth bei Ausstellung der Quittung, wenngleich er damals bereits über 24 Jahre alt war, und bis zu seinem Tode in väterlicher Gewalt gewesen sei. Die Kläger hatten hingegen den Beweis angetreten, daß Gotthard Gimboth damals bereits das väterliche Haus verlassen und durch Eintritt in den Dienst des Wirths Muddelsee als Knecht sich dem Gesindedienste für beständig hingegeben hätte. Dieser Beweis wurde aber nicht für geführt erachtet, und ebenso die Ansicht der Kläger, daß das Kapital, um dessen gültige Bezahlung es sich handelte, zum freien Vermögen des Gotthard Gimboth

Digitized by Google

gehört habe, vom ersten Richter verworfen. Derselbe erkannte hiernach auf Abweisung der Kläger, indem er ausführte:

Die gelöscht verlangte Forderung fällt, nach dem Inhalt des Kaufvertrages vom 26. December 1845, unter keinen der §§ 148 ff. A. L. R. II. 2 aufgestellten Fälle, in denen freies Vermögen der Kinder angenommen wird. Namentlich ist die im § 154 a. a. O. dazu verlangte ausdrückliche Bestimmung, daß die Forderung dem väterlichen Nießbrauche nicht unterworfen sein solle, darin nicht zu finden, daß die Forderung zinsfrei stipulirt worden ist. Eine ausdrückliche Ausschließung des Nießbrauchs liegt nicht vor, wo ein Kapital so, daß es keinen Nießbrauch giebt, stipulirt wird.

Hiernach und da — wie vorher ausgeführt — Gotthard Gimboth bei Ausstellung der Quittung und also auch bei Empfang der dadurch bewiesenen Zahlung noch in väterlicher Gewalt stand, war die Zahlung für ihn und daher auch für die Verklagte nach § 251 II. 2 und § 36 I. 16 A. L. R. ungültig, eine Verpflichtung zur Quittungsleistung daraus also nicht erwachsen.

Auf Appellation der Kläger wurde die Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt — weil das in Rede stehende Kapital dem Gotthard Gimboth im Kaufvertrag vom 26. December 1845 ratione der künftigen Erbgelder übereignet und zugleich festgesetzt worden, daß dasselbe auf dem Grundstücke zinsfrei stehen bleiben sollte; hiernach die Erfordernisse des § 154 cit.: Uebereignung, d. h. Zuwendung des Kapitals an Gotthard Gimboth Seitens seiner Eltern, und die ausdrückliche Bestimmung, daß die letzteren keinen Zinsengenuß, d. h. Nießbrauch davon haben sollten, vorhanden seien; das Kapital somit zum freien Vermögen des Gotthard Gimboth gehört und er gültig dasselbe bezahlt erhalten und darüber quittirt habe. (§ 158 a. a. O.). —

Der dritte Senat des Königl. Ober-Tribunals hat das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt — weil der Appellationsrichter den § 154 cit. mit Unrecht auf den von ihm selbst festgestellten Thatbestand angewandt und durch unrichtige rechtliche Beurtheilung zu dem Resultat gelangt sei, daß die fragl. Forderung zu dem freien Vermögen des Gotthard Gimboth gehörte.

„Denn — heißt es in den Gründen — der Appellationsrichter hat thatsächlich nur festgestellt, daß die fragl. Forderung, welche der Käufer Muddelsee in Abrechnung auf die Kaufgelder für das Grundstück Plibischken Nr. 8 übernommen hat, dem Gotthard Gimboth ratione der künftigen Erbgelder übereignet ist und dieselbe zinsfrei stehen

Digitized by Google

bleiben sollte. Er hat aber nicht festgestellt, daß das Eigenthum der gedachten Forderung auf den Gotthard Gimboth übergegangen ist, welches nur angenommen werden könnte, wenn derselbe dem Vertrage der Interessenten beigetreten wäre, was aber eben so wenig behauptet ist, als daß der Vater ihm seine Rechte aus dem Vertrage abgetreten hat. Aus der Bestimmung, daß die Forderung zinsfrei stehen bleiben sollte, folgert er ferner, daß die Eltern keinen Zinsengenuß mithin auch keinen Nießbrauch haben sollten. Hiedurch wird aber nicht festgestellt, daß der Vater des Gotthard Gimboth ausdrücklich vom Nießbrauche ausgeschlossen sein sollte. Denn es kommt zur Erwägung, daß so lange das Eigenthum der fraglichen Forderung auf den Gotthard Gimboth nicht übergegangen war, von einem freien Vermögen desselben überall nicht die Rede sein konnte und daß der Vater und Nießbrauchsberechtigte jene Bestimmung nicht im Interesse seines Sohnes, sondern des Käufers getroffen hat und angenommen werden muß, daß er für die zinsfreie Stundung des Kapitals durch die, von dem Käufer übernommenen Gegenleistungen, z. B. die Uebernahme eines Altentheils, entschädigt ist — ferner daß der Gimboth (Vater) das Kapital einziehen und zinsbar machen konnte und wenn er die Forderung des Gotthard Gimboth für freies Vermögen erklären wollte, er nicht allein seine Rechte aus dem Kaufvertrage hätte abtreten, sondern auch sich des Nießbrauchsrechts ausdrücklich nach § 381 A. L. R. I. 16 hätte begeben müssen, was nicht geschehen ist." —

Der Hauptgrund des Königlichen Ober-Tribunals, daß das Eigenthum der Forderung auf Gotthard Gimboth nicht übergegangen, weil er dem Kaufvertrage nicht beigetreten, der Vater auch seine Rechte aus dem Vertrage ihm nicht abgetreten — erscheint auffallend. Wir finden ihn unvereinbar mit dem Plenarbeschlusse v. 28. August 1846 (Entsch. Bd. 14 S. 68):

> Wenn ein Vater in dem mit einem seiner Kinder abgeschlossenen Gutsüberlassungsvertrage seinen andern Kindern Abfindungen ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß es dem Vertrage nicht beigetreten sei.

Eine thatsächliche Differenz zwischen dem durch den Plenarbeschluß entschiedenen und dem hier vorliegenden Falle wird kaum gefunden werden können. Die in ersterem vorausgesetzte Gutsüberlassung Seitens des Vaters an eins seiner Kinder scheint für die getroffene Entscheidung, nach den Gründen derselben und soweit irgend erfindlich, schon an sich von durchaus keiner prägnanten Bedeutung; der Schwerpunkt des Falls vielmehr in der Zuwendung an die andern, nicht

Digitized by Google

beigetretenen Kinder zu liegen. Ueberdies dürfte auch diese kaum erhebliche Voraussetzung in unserm Falle dadurch gegeben sein, daß der Gutsübernehmer Muddelsee leiblicher Sohn der mitüberlassenden Ehefrau war.

Rechtlich aber ist dem Plenarbeschluß, seiner negativen Fassung ungeachtet, doch unzweifelhaft der in unserm Falle vom Königl. Ober-Tribunal in Abrede gestellte Rechtssatz zu entnehmen: daß das in der angegebenen Art vom Vater bedachte Kind, wenngleich es dem Vertrage nicht beigetreten, an der ihm vom Vater zugewandten Abfindung Eigenthum erlangt. Denn wenn das bedachte Kind — wie der Plenarbeschluß es für befugt erklärt — die Abfindung einklagen kann, ohne von dem Einwande, daß es dem Vertrage nicht beigetreten sei, betroffen zu werden, so macht es damit diese Abfindung doch als sein Eigenthum geltend. Welcher andere Rechtsgrund stände seiner Klage zur Seite?

Dahingegen scheint uns der auch vom Königl. Ober-Tribunal hervorgezogene eventuelle Grund: daß von einer Ausschließung des väterlichen Nießbrauches an dem Gotthard Gimboth'schen Ingrossate keine Rede sein könne, durchaus zutreffend und auch völlig ausreichend.

Das Ingrossat konnte, wie im Kaufvertrage zum Ueberfluß noch ausdrücklich festgesetzt, jederzeit gekündigt werden. Mit dieser Kündigung — von der wir, um eine petitio principii zu vermeiden, annehmen wollen, daß sie von Vater und Sohn übereinstimmend erfolgt sei — hatte aber die stipulirte Zinsfreiheit ein Ende und der anderweiten verzinslichen Belegung des Kapitals stand nichts weiter im Wege. Mit welchem Rechte hätte solchen Falls Gotthard Gimboth den so wieder aufgelebten Nießbrauch des Kapitals seinem Vater streitig machen können? Doch sicherlich nicht aus dem Grunde, daß dieser zu Gunsten eines Dritten, des Gutsannehmers, sich dieses Nießbrauchs zeitweilig und widerruflich begeben hatte!

Abgesehen von dem, vom Königl. Ober-Tribunal vorzugsweise betonten Mangel des Erfordernisses der Ausdrücklichkeit, finden wir den Irrthum des Appellationsrichters bei Anwendung des § 154 cit. wesentlich darin, daß er eine Bestimmung, durch welche ein Kapital so angelegt wird, daß es dem väterlichen Nießbrauch thatsächlich nicht unterworfen ist — wie eine solche Bestimmung hier nur vorliegt — mit der im § 154 vorausgesetzten Bestimmung identifizirt, nach welcher das Kapital dem väterlichen Nießbrauche nicht unterworfen sein soll; die Ausschließung dieses Nießbrauchs also rechtsverbindlich angeordnet ist.

Digitized by Google

Nr. 29.

Unstatthaftigkeit der Diffamationsklage im Falle des Besitzes des Gegners.

Die evangelisch-lutherische Kirchengemeinde zu Schwelm hatte gegen die dortige Stadtgemeinde eine Diffamationsklage mit dem Antrage angestellt:

> die Verklagte anzuhalten, ihre Ansprüche auf die Revenüen des Schwelmer Rectoratfonds innerhalb einer festzustellenden Frist, bei Vermeidung ewigen Stillschweigens, im Wege der Klage geltend zu machen.

Der erste Richter wies die Klage zurück, indem er annahm, daß sich die Verklagte im Besitze des Rechts zum Revenüengenusse befinde und derselbe nach den innerhalb ihrer Kompetenz ergangenen Verfügungen der Verwaltungsbehörde für keinen fehlerhaften zu erachten sei.

Diese Entscheidung ist auch durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 21. December 1863 aus folgenden Gründen bestätigt worden:

Der Diffamationsprozeß, eine Abart des im 32. Titel der A. G. O. abgehandelten Provokationsprozesses, stellt sich als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel: nemo ad agendum invitus compellitur dar und ist stets ein bloß vorbereitender Prozeß, wodurch einem anderen, dem Hauptprozesse, der Weg gebahnt werden soll, in welchem der Diffamant Kläger und der Diffamat Verklagter ist. Aus dieser seiner Natur folgt, daß ein Nachweis des dem Diffamationskläger an dem Objekt der Diffamation zustehenden Eigenthums nicht erforderlich ist. Es genügt vielmehr zur Aktivlegitimation der Klägerin, daß dieselbe unbestrittene Verwalterin desjenigen Vermögensobjekts ist, hinsichtlich dessen das Berühmen stattgefunden haben soll. Ebenso ist die Passivlegitimation begründet. Es kommt nemlich hier, da die Verklagte den fraglichen Anspruch zu haben behauptet und nur ihre Verpflichtung zur Klageanstellung negirt, auf das Faktum der Diffamation nach § 18. I. 32 A. G. O. gar nicht weiter an, es kann daher gleichgültig sein, ob der von dem Kuratorium der höheren Bürgerschule an die landräthliche Behörde erstattete Bericht vom 8. Februar 1861, in welchem Klägerin das Berühmen findet, mit oder ohne ausdrückliche Zustimmung des Stadtvorstands abgegangen ist. Allein trotzdem ist die Klage an sich hinfällig. Man

Digitized by Google

muß bei der Beurtheilung den Besitz der Substanz des Rectoratfonds und das Recht der Verwendung desselben sehr wohl unterscheiden. Ersterer, so wie die Verwaltung des Fonds hat unbestritten seit einer Reihe von Jahren der Kirchengemeinde zugestanden, und wird ihr auch jetzt keineswegs abgesprochen, letzteres dagegen hat ebenso unbestritten seit dem Jahr 1809 die Schulkommission der zu Schwelm bestehenden Rectoratschule ausgeübt und seit 1858 das städtische Kuratorium der höheren Bürgerschule. Das Recht des letzteren, resp. der durch diese Behörde repräsentirten Verklagten, die Revenüen des Rectoratfonds für die höhere städtische Schule zu verwenden, ist der Verklagten durch die wiederholten Rescripte des Kultusministers und der Regierung zugesprochen und auch dadurch thatsächlich effektuirt worden, daß Klägerin die noch rückständigen Einkünfte hat herausgeben müssen. Die Verklagte befindet sich also im Besitz des Rechts der Revenüen-Verwendung und dies genügt, die Diffamationsklage als unbegründet erscheinen zu lassen. Eine solche kann nur der anbringen, gegen welchen sich Jemand an desselben Person, Grundstücken oder sonstigem Vermögen gewisser Rechte oder Ansprüche oder sonst gewisser Prärogativen und Befugnisse rühmt, die ihm jener nicht zugesteht. Dem Besitzer einer Sache oder eines Rechts gegenüber, welcher das betreffende Recht wirklich ausübt und nicht blos vermeintliche Ansprüche erhebt, fällt der Begriff des Berühmens gänzlich fort. Die Diffamationsklage, welche nichts Anderes intendirt, als den Beweis, welcher dem Diffamaten als Kläger obliegen würde, auf den Verklagten zu wälzen, würde dem Besitzer gegenüber im höchsten Grade unbillig sein. Der Besitzer hat als solcher stets die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich, ihm liegt kein Beweis ob und er kann auch durch den in diesen materiellen Rechtsgrundsätzen nichts ändernden Diffamationsprozeß mit solchem nicht beschwert werden. Der Grundsatz: possessor non diffamat ist daher allgemein, sowohl in der gemeinrechtlichen Praxis, als auch in den Entscheidungen der preußischen Gerichtshöfe anerkannt. cfr. Rechtsfälle Band IV Seite 405, Präj. 647 vom 9. April 1839; Schles. Archiv Band IV Seite 295; Striethorst Archiv Band 15, Seite 328. Dabei ist es völlig irrelevant, wie der Besitz des angeblichen Diffamanten erlangt ist, und es kann nicht, wie in possessorio, dessen Analogie die Appellantin heranzieht, darauf ankommen, ob der Besitz ein rechtmäßig erworbener sei oder nicht. Die Erörterung dieser Frage liegt außerhalb des Gebiets des Diffamationsprozesses, welcher, wie schon bemerkt, rein präparatorischer Natur ist und in welchem nach § 18 I. 32 A. G. O. die vorkommenden Facta nur soweit ins

Digitized by Google

Licht zu setzen sind, als erforderlich zur Verschaffung der nöthigen Data, woraus das Gericht die Weigerung des Verklagten, die Klage überhaupt anzustellen, rechtlich beurtheilen kann.

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des von der Verklagten besessenen Rechts gehört lediglich in den Hauptprozeß. Obwohl der Possessorienprozeß in manchen Beziehungen Aehnlichkeit mit dem Provocationsprozeß im Allgemeinen und in specie auch mit dem Diffamationsprozesse hat, so kann er doch in dieser Hinsicht als Analogon nicht maßgebend sein. Denn der Diffamationsprozeß setzt stets den Fall voraus, wenn sich Jemand durch Behauptungen und Aeußerungen eines Andern in seinen Befugnissen verletzt glaubt, während beim possessorium factische Eingriffe — Besitzstörung oder Entsetzung — vorliegen müssen. Daraus aber, daß beide Prozeßarten als verschiedene anerkannt sind, ergiebt sich von selbst, daß sie in ihren Voraussetzungen und Wirkungen nicht gleich sind. Die exceptio injustae possessionis ist im Possessorienprozeß dem Verklagten durch das Gesetz gegeben; für den Diffamationsprozeß ist eine ähnliche Bestimmung den besitzenden Diffamanten gegenüber nicht vorhanden, weil sie dem Wesen dieses Verfahrens, welches beim Besitz ausgeschlossen ist, zuwiderlaufen würde.

Uebrigens ist auch dem ersten Richter in seiner Ausführung nur beizustimmen, daß der Besitz der Verklagten kein unrechtmäßiger, durch widerrechtlichen Zwang erworbener sei. Die Verwaltungsbehörden haben sich durchaus innerhalb ihrer ressortmäßigen Kompetenz bewegt und da dieses der Fall ist, kann von einem widerrechtlichen Zwang keine Rede sein.

S. 2018.

Nr. 30.

Stillschweigende Verlängerung der Appellations-Einführungsfrist.

In Striethorst's Archiv B. 50 S. 145 f. wird unter der Ueberschrift:

> Die Frist zur Einführung der Appellation kann auch stillschweigend verlängert werden.

folgender, durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 22. Juni 1863 entschiedener Rechtsfall mitgetheilt:

Digitized by Google

Der Kläger hat gegen das Appellations-Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt. Er führte aus:

„Die Frist zur Rechtfertigung der Appellation lief am 14. März 1862 ab. Die Schrift ging am 11. März ein; sie war aber von einem Anwalt nicht unterzeichnet. Sie ist am 13. März 1862 dem Rechtsanwalt zurückgegeben, und erst am 18. März 1862, mit der Unterschrift dieses Anwaltes versehen, zurückgereicht worden. Es leuchtet ein, daß die Frist somit nicht gewahrt ist, und es macht hierbei keinen Unterschied, daß die Schrift schon am 11. März 1862 das Siegel eines Anwaltes getragen hat.

„Es wird daher der Verstoß nach Art. 3 Nr. 2 der Declaration vom 6. April 1839 und § 5 Nr. 3 der Verordnung vom 14. December 1833 gerügt."

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Allerdings fehlte unter der Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungsschrift vom 8. März 1862, als sie zum ersten Male am 11. desselben Monats bei dem Ostpreußischen Tribunale einging, der Name des Konzipienten: des Justizraths Z., und als dieser Mangel ergänzt war und sie so vervollständigt am 18. März 1862 wieder präsentirt wurde, war inzwischen das zehnwöchentliche Fatale verstrichen. Erwägt man indessen, daß die gedachte Schrift dem Justizrath Z. ohne Fristbestimmung zurückgegeben wurde, weil dessen Unterschrift fehle, daß demnächst deren Duplikat ohne weitern Vorbehalt dem Appellaten zur Beantwortung mitgetheilt ist, und daß das genannte Tribunal endlich in seinem Urtheil vom 19. September 1862 die Förmlichkeiten der Appellation für beobachtet angenommen hat, so rechtfertigt sich die Voraussetzung: der Appellations-Richter habe die Rechtfertigungsfrist, wenn auch nur stillschweigend, verlängert. Alsdann liegen aber die gerügten prozessualischen Verstöße keinesweges vor.

Diese Entscheidung erregt in mehr als einer Hinsicht Bedenken.

Es ist zunächst im Allgemeinen darauf hinzuweisen, daß wir es hier mit der Anwendung einer bestimmten Formvorschrift zu thun haben, dergleichen Vorschriften aber überall die strengste Beachtung erfordern, die eine buchstäbliche Anwendung erheischt.

Digitized by Google

Die betreffende Bestimmung der Verordnung vom 21. Juli 1846 lautet nun:

§ 17. „Die Einführung und Rechtfertigung muß bei Verlust des Rechtsmittels innerhalb vier Wochen nach Ablauf der für die Anmeldung bestehenden Frist, und ohne daß es einer besonderen Aufforderung dazu bedarf, dem Gerichte höherer Instanz und zwar stets schriftlich überreicht werden. Nur aus Hinderungsgründen, die in der Sache selbst liegen, kann diese Frist angemessen verlängert werden."

Der § 21 fügt noch bei:

„Nur öffentliche Behörden und solche Personen, welche zum Richteramte befähigt sind, können die Einführung und Rechtfertigung und deren Beantwortung ohne Zuziehung eines Justizkommissars schriftlich einreichen. Die Schriften anderer Parteien müssen von einem Justizkommissar unterzeichnet sein."

Der in vorliegendem Falle innerhalb der Rechtfertigungsfrist eingereichten Schrift gebrach es hiernach an einer wesentlichen Förmlichkeit, da sie von einem Rechtsanwalt nicht unterzeichnet war. Dieselbe war daher für gar nicht angebracht zu erachten und dem Einsender, wie auch geschehen, ohne Weiteres zurückzugeben. Denn der § 3 a. a. O. verordnet für den ganz ähnlichen Fall der Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung:

„... Dieselbe muß jedoch von einem Justizkommissar unterzeichnet sein, widrigenfalls sie für nicht angebracht erachtet und sofort zurückgegeben wird.."

Wenn nun erst mehrere Tage nach Ablauf der Frist die nunmehr mit der Unterschrift des Anwaltes versehene Schrift dem Prozeßrichter zurückgereicht wurde, so lag ein erst jetzt vermöge seiner äußern Form zu beachtendes Schriftstück vor, bei dem nunmehr in Frage kam, ob dasselbe rechtzeitig eingereicht worden. — Dieser allein richtige Gesichtspunkt ist auch vom Ober-Tribunal nicht verkannt worden. Der höchste Gerichtshof stützt die Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht darauf, daß die Wirksamkeit der nachträglich ergänzten Rechtfertigungsschrift auf den Zeitpunkt der früheren Einreichung zurückzuziehen sei, sondern auf eine nach dem Verhalten des Appellationsrichters anzunehmende stillschweigende Verlängerung der Rechtfertigungsfrist. Kennt denn aber das Gesetz überhaupt eine stillschweigende Verlängerung von Präclusivfristen? Eine solche Frist besteht ja in einem durch das Gesetz selbst fest begränzten Zeitraume, innerhalb dessen zur Vermeidung von Rechtsnachtheilen eine Prozeßhandlung vorgenom-

Digitized by Google

men werden muß. Ist nun dem Richter gestattet, unter Umständen „diese Frist angemessen zu verlängern," so kann dies doch nur dadurch geschehen, daß eine, gleich der gesetzlichen, ihrem Endpunkte nach genau bestimmte weitere Frist gesetzt wird, die sich nun als eine neue Präclusivfrist darstellt. Wie wäre es aber möglich, eine solche Frist ohne ausdrückliche Bestimmung ihrer Dauer anzunehmen? Vor Allem aber müssen wir fragen: wie ist die Ansicht des Ober-Tribunals mit der im Schlußsatze des oben angeführten § 17 enthaltenen Voraussetzung zu vereinigen? Die Frist kann nur aus Hinderungsgründen, die in der Sache selbst liegen, verlängert werden, und zwar, wie sich von selbst versteht, nur auf Antrag der Partei, der sich solche Hindernisse entgegenstellen. Der mitgetheilte Fall läßt nun geradezu Alles vermissen, was sich auf jene Voraussetzung bezieht, und die Gründe des Ober-Tribunals-Erkenntnisses geben uns eben so wenig irgend eine Andeutung darüber. Wir können daher unmöglich zugeben, daß die ebengedachte Vorschrift hier gewahrt war.

Nr. 31.

Unstatthaftigkeit des Antrages auf nothwendige Subhastation eines nach der Behauptung des Provokanten zum Theil auf dem anstoßenden Grundstücke des Provokaten errichteten, im Besitze des Letzteren befindlichen Gebäudes.

Hierüber spricht sich ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 10. September 1863 dahin aus:

Nach § 2 der Verordnung II vom 4. März 1854 tritt die nothwendige Subhastation ein auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zweck der Auseinandersetzung, insofern die Miteigenthümer sich nicht darüber einigen, daß nur eine freiwillige Subhastation Statt finden soll. Der Verklagte hält die Subhastation des Hauses Nr. 130 theilungshalber für unstatthaft, weil der Kläger nicht Miteigenthümer sei. Dieses streitige Miteigenthum braucht nun aber nicht, wie Verklagter meint, bereits rechtskräftig festgestellt zu sein, vielmehr genügt es, daß der Provokant in der Provokation Beweismittel für sein Miteigen-

Digitized by Google

thumsrecht angiebt. Der Kläger gründet dasselbe auf den mit dem Wilhelm Pilgram am 21. October 1859 geschlossenen Kaufvertrag, so wie auf die Thatsache, daß das Haus zum Theil auf dem vormals städtischen Wegestreifen erbaut sei. Es liegen indeß die Voraussetzungen der actio communi dividundo (§ 75 sq. I. 17 A. L. R.) nicht vor. Denn die Theilungsklage erfordert das Bestehen eines gemeinschaftlichen Eigenthums, einer communio pro partibus indivisis, m. a. W. ein natürlich-ungetheiltes Object, an welchem das Eigenthumsrecht mehreren Berechtigten nach Bruchtheilen zusteht, „ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.“ Eine solche Gemeinschaftlichkeit pro indiviso besteht nach den eigenen Anführungen des Klägers unter den Parteien nicht; dieselben sollen vielmehr Eigenthümer bestimmt begrenzter Theile des Hauses Nr. 130, Miteigenthümer pro partibus divisis, sein. Unter diesen Umständen kann aber, da ein Miteigenthum nach ideellen Antheilen nicht vorliegt, der Verkauf des Hauses zum Zwecke der Theilung von keiner Seite gefordert werden. Abgesehen von diesem der Zulässigkeit der Subhastation entgegenstehenden Bedenken mußte in Betreff des Antrags, den Verklagten zu verurtheilen, sich den nothwendigen Verkauf des Hauses gefallen zu lassen und den Kläger wegen der entbehrten verhältnißmäßigen Nutzungen zu entschädigen, die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses erfolgen, weil dem Kläger zur Stellung dieses Antrags die Legitimation gebricht. Nach § 1. I. 10 A. L. R. gilt auch für das preußische Recht der Grundsatz des römischen Rechts „Traditionibus“ (et usucapionibus) dominia rerum non nudis pactis transferuntur (l. 20 Cod. II, 3), und hierbei macht es auch keinen Unterschied, daß es im vorliegenden Falle nach der eigenen Angabe des Klägers sich um ein bloßes Miteigenthum handelt, da nach § 5. I. 17 A. L. R. von den Titeln und Erwerbungsarten des Miteigenthums in der Regel Alles gilt, was vom Eigenthum überhaupt verordnet ist. Ohne Einräumung des Mitbesitzes konnte Kläger demnach Miteigenthumsrechte an dem Hause nicht erwerben (cf. § 48, 58 I, 7 A. L. R.). Der notarielle Kaufvertrag vom 21. October 1859 enthält im Art. 1 nur den Passus:

> „Die Ueberlieferung des vorbeschriebenen Immobiliars findet am heutigen Tage Statt,“

also nicht einmal ein — übrigens dem Verklagten gegenüber auch nicht beweiskräftiges — Anerkenntniß der Contrahenten, daß die Uebergabe vollzogen sei. Im Gegentheil steht durch Zugeständniß des Klägers

Digitized by Google

fest, daß sein Auctor Pilgram ihm den Mitbesitz nicht einzuräumen vermochte, weil der Verklagte sich schon bei Lebzeiten der Ehefrau und Erblasserin des Pilgram, seit Anfang 1858, im ausschließlichen Besitze des Hauses befunden hatte. Ein dingliches, gegen jeden Dritten verfolgbares Recht hat Kläger nicht erlangt, vielmehr steht ihm nur ein persönlicher Anspruch gegen den Verkäufer auf Leistung der Uebergabe zur Seite. Hieraus ergiebt sich bezüglich des ersten Klageantrags der Mangel der Legitimation des Klägers.

F. 468.

Digitized by Google

Gloſſen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I. Tit. 10.

Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums.

I. Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

§ 1. 1. Begriff und Weſen der Tradition.

Die §§ 1 und 2 d. T. enthalten eine Anwendung der von unſerem Landrecht aufgenommenen Lehre vom titulus und modus acquirendi [1]) auf die mittelbare Erwerbung des Eigenthums. Die Tradition ſtellt ſich hiernach einfach als der, unter Vorausſetzung eines Titels, den Eigenthumserwerb vermittelnde modus acquirendi, mithin als eine eigentliche (wenn auch juriſtiſche) Thatſache dar. Dieſe an ſich ganz richtige Auffaſſung entſpricht auch der älteren gemeinrechtlichen Doctrin. So lehrt Hellfeld, Jurisprudentia for. § 580:

> Titulus est causa, ex qua dominium seu jus reale acquiri potest. Titulus igitur in se, nisi cum modo acquirendi sit conjunctus, dominium seu jus reale actu non tribuit; sed accedere debet factum, quo ex altera parte dominium seu jus reale acquiritur. Tale factum in derivativa dominii translatione, seu juris realis constitutione est traditio, seu translatio possessionis suae in alterum animo dominium transferendi facta.

Derſelbe Gedanke, nur in anderer Form, wird auch von neueren Rechtslehrern ausgeſprochen:

> Geſterding, Ausführliche Darſtellung der Lehre vom Eigenthum (Greifswald 1817) § 20 S. 125 ff.: Die Tradition iſt überhaupt eine

[1]) Vergl. die Gloſſen zu §§ 1 und 2 Tit. 9 Th. I A. L. R. (in dieſen „Beiträgen" VI S. 419 f.).

Förſter, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. (Berlin 1864) S. 117 ff.

Digitized by Google

Handlung, wodurch der Besitz auf einen Andern übertragen wird. In dieser allgemeinen Bedeutung begreift die Tradition auch die Uebertragung der bloßen physischen Herrschaft unter sich. Im engeren und eigentlichen Sinne verstehen wir aber unter Tradition eine Handlung, wodurch wahrer juristischer Besitz auf einen Andern übertragen wird, oder wobei die Absicht obwaltet, daß der Andere die Sache in eigenem Namen besitzen solle.

Soll aber die Tradition eine Art sein, wodurch das Eigenthum erworben wird, so ist im Allgemeinen erforderlich, daß sie in der Absicht, das Eigenthum zu übertragen und bez. zu erwerben, geschehen sei. Es muß ein Rechtsgeschäft vorhergegangen sein, welches auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet und auch von Rechtswegen dazu tauglich ist — und an dieses vorhergegangene Rechtsgeschäft muß sich die Tradition, als eine Folge desselben, anknüpfen. Diese justa causa nennt die Doctrin den justus titulus und unterscheidet ihn von der traditio als dem modus acquirendi. Die Tradition ist es nämlich, wodurch das Eigenthum erst actu erworben wird,.. die Tradition kann man als die letzte Handlung betrachten, die der bisherige Eigenthümer vermöge seines Eigenthums vornimmt — als den letzten Funken der erlöschenden Flamme des Eigenthums, der zugleich einem neuen das Leben gibt...

W. Sell, Ueber bedingte Traditionen (Zürich 1839) S. 8 ff.: Die traditio, als Uebertragungsart des Eigenthums, enthält zwei verschiedene Bestandtheile: a. die justa causa praecedens, b. die darauf folgende Thatsache der Ueberlieferung oder Einräumung der Sache. Die erstere bildet die obligatorische Grundlage, die zweite begründet und vermittelt den dinglichen Charakter des Rechtsverhältnisses oder das Verhältniß zur Sache selbst. Nur dnrch die gehörige Vereinigung dieser beiden Bestandtheile kann das Eigenthum gültig von dem Einen auf den Andern übertragen werden; denn die justa causa allein würde nur ein Forderungsrecht gegen die bestimmte Person zur Folge haben; das bloße Factum der Uebergabe der Sache ohne obligatorische Grundlage aber, eben weil es nur eine Thatsache ist, gar kein bestimmtes juristisches Verhältniß zur übergebenen Sache bewirken können... Sonach macht die der Uebergabe der Sache entweder äußerlich erkennbar vorausgehende, oder doch juristisch als vorausgehend nothwendig gedachte justa causa einen wesentlichen Bestandtheil der Eigenthumserwerbung durch traditio aus, ja die erstere verleiht dem Factum der Uebergabe der Sache erst seine wahre juristische Bedeutung. Denn die aus dem jus naturale oder gentium hervorgegangene traditio beruht wesentlich auf dem rechtlichen Willen des transferirenden Eigenthümers. Dieser rechtliche Wille oder die Absicht des Tradenten drückt sich aber eben in der justa causa praecedens aus: darum muß denn auch die Beschaffenheit dieser Absicht im einzelnen Falle den Zweck und die Wirkung der Uebergabe einer Sache bestimmen...

Puchta, Pandekten § 148 nnd Vorlesungen I S. 292 f.: Die Uebertragung des Eigenthums unter Lebenden kann nicht durch eine

Digitized by Google

einfache Willenserklärung des Gebers und Erwerbers geschehen, sie fordert den hinzukommenden Akt der Tradition. Dabei ist das Wesentliche, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere. Immer ist die Tradition nur der äußere Akt, der zu dem inneren Grund des Eigenthums hinzukommt, und ohne diesen der Wirkung der Eigenthumsübertragung entbehren würde... Der Akt der Eigenthumsübertragung hat zwei Erfordernisse: 1. den Willen, Eigenthum zu geben und zu empfangen, 2. die Tradition oder was ihre Stelle vertritt, überhaupt Verkörperung dieses Willens in Verstattung und Erwerbung des Besitzes.

Die Tradition ist zunächst bloß Besitzübertragung. Eigenthumsübertragung wird sie durch den damit sich verbindenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen. Dieser Wille, welcher von beiden Seiten vorhanden sein muß, ist die justa causa traditionis...

Stahl: Rechts- und Staatslehre. 1. Abth. S. 303, 304: Das Erforderniß der Besitznahme ist für den derivativen Erwerb nicht in gleicher Weise wesentlich wie für die erste Aneignung. Bei dem Erwerbe durch Repräsentanten wäre es geradezu unnatürlich, da hier das Recht kraft der Zusammengehörigkeit mit dem Vorgänger als eignes fortgesetzt wird. Aber auch bei dem Erwerb durch Uebertragung ist es nicht schlechterdings geboten, weil man hier die Gewalt über die Sache mittelst des Willens des Andern erlangt. So z. B. wird nach französischem Gesetzbuch an beweglichen Sachen das Eigenthum durch den bloßen Vertrag erworben. Das römische Recht dagegen erfordert auch hier körperliche Uebergabe. Es liegt hierin ein sehr markirter Ausdruck der inneren Bedeutung des Eigenthums, nämlich daß die rechtliche Gewalt über die Sache nicht anders beginnen kann als mit Erlangung der physischen. Dazu gewährt es noch einen großen Vortheil. Das nämlich gehört zur Wohlbestelltheit der Legislation, daß der Moment des Ueberganges des Eigenthums genau bezeichnet sei, und dies kann nicht wohl passender geschehen als durch die Uebergabe. — Bei unbeweglichen Sachen pflegt meistens im öffentlichen Interesse entweder öffentliche Anerkennung der Uebertragung oder doch wenigstens öffentliche Kunde derselben verlangt zu werden. Hierbei bezeichnet dann die öffentliche Eintragung u. dgl. den Uebergang und ist deshalb Tradition ein überflüssiges Erforderniß. [1])

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts (Erlangen 1853) Nr. VIII „Sachenerwerb durch Tradition" S. 190 ff.: Die Tradition an sich ist eine reine Thatsache und hat auch als solche nur eine thatsächliche Wirkung; zu einem Rechtsgeschäft und Mittel des

1) Vergl. die Kritik dieser Anschauung in Leist's Civilist. Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. III Heft (Jena 1859): Ueber die Natur des Eigenthums. S. 32 ff.

Digitized by Google

Sachenerwerbs namentlich kann sie nur werden durch die Absicht, welche ihr zu Grund liegt, und deren Ausführung sie ist; oder wie Paulus in L. 31 D. de A. R. D. (41, 1) sagt:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Diese Absicht muß nämlich natürlich darin bestehen, das Eigenthum der Sache auf den Empfänger zu übertragen, und es muß dieser selbst des damit übereinstimmenden Willens sein, das Eigenthum der Sache zu empfangen. In der Wirklichkeit aber wird Niemand das Eigenthum einer Sache übertragen oder erlangen wollen blos damit eben ein Eigenthumsübergang stattfinde, sondern es wird dies wieder nur das Mittel sein sollen zur Erreichung eines andern rechtlichen Zwecks: Vollziehung eines Verkaufsgeschäfts, einer Schenkung, eines Darlehensgeschäfts, Abtragung einer Schuld u. s. f.; die causa traditionis wird nicht als nackte, abstracte Willensübereinstimmung, Eigenthum zu geben und zu gewinnen, sondern sie wird in der Hülle eines jener concreten Rechtsgeschäfte vorkommen. Und da, wie sich ebenso von selbst versteht, die Absicht, welche die Tradition zu einem Mittel des Sachenerwerbs machen soll, um dies zu vermögen, eine vom Recht gebilligte sein muß, so ist weiter erforderlich, daß das sie in sich schließende Rechtsgeschäft ein gültiges, nicht verbotenes sei, wie z. B. die donatio inter virum et uxorem es wäre. In diesem Sinne sagt Paulus, es müsse der Tradition venditio vel aliqua justa causa praecedere, nämlich zu Grunde liegen, nicht gerade wirklich zeitlich vorhergehen. Die Tradition muß sequi causam, insofern sie immer sich als Ausführung, Vollziehung des Rechtsgeschäfts muß denken lassen, welches causa traditionis ist...

Der wahre Nerv der Tradition als Eigenthumsübertragung ist der Wille des bisherigen Eigenthümers oder dessen, der für ihn wollen darf, wie der Vormund für den Mündel, sein oder das fremde, aber seiner Verfügung unterworfene Eigenthumsrecht an der Sache dem Erwerber abzutreten. Dieser Wille hat zwei Bestandtheile: den Entschluß, das Eigenthumsrecht aufzugeben und die Absicht, daß es auf den, welchem tradirt wird, übergehe. Diese beiden Bestandtheile können zwar und müssen in Gedanken auseinander gehalten werden, aber in der Wirklichkeit kommen sie bei einer wahren Tradition immer nur so vor, daß sie sich gegenseitig durchdringen und bedingen. Wer einem Andern tradirt, um ihm das Eigenthum zu übertragen, will sein Eigenthum aufgeben, um diesen zum Eigenthümer zu machen; die zweite Absicht schließt nothwendig die erstere als unerläßliche Voraussetzung in sich; aber es ist nicht wahr, daß er sein Eigenthum schlechthin aufgeben will, d. h. auch für den Fall, daß der, welchen er zum Eigenthümer machen will, es nicht wird. Es verhält sich dieses ganz eben so bei der Tradition als bloßer Besitzüberlieferung.

Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. II (Heidelberg 1858) S. 193 ff.: Die Uebergabe und der Empfang des Besitzes

Digitized by Google

— die Tradition — als Verkörperung des Eigenthumsvertrages überträgt das Eigenthum. Auch die Tradition ist eine Form, richtiger vielleicht eine That, denn negativ charakterisirt sie sich durch ihre Unbedürftigkeit aller bürgerlichen Solennitäten, weshalb sie auch von jeher technische Vollzugsform zur Veräußerung der res nec mancipi war. Der Eigenthumsvertrag — (justa) causa — ist das innere, die Tradition an sich das äußere Moment dieser freieren Form der Eigenthumsübergabe. Die Tradition an sich gehört vielmehr in die Lehre vom Besitz. Es wird aber Besitz erworben „corpore et animo“...

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse III. Heft (Jena 1859): Ueber die Natur des Eigenthums S. 47, 48:.. Die naturale traditio pflegt sich mit freierem Verkehr Bahn zu brechen, wenn auch daneben civile Formen für gewisse Gebiete fortbestehen. Sie besteht aus den drei factischen Momenten: a) der factischen Möglichkeit der Eigenthumsübertragung, also insbesondere der regulären factischen Voraussetzung, daß der Veräußerer das Eigenthum hat; b) der faktischen Wirklichkeit des Willens, also animus transferendi und accipiendi dominii; c) der factischen Wirklichkeit des corpus, also der reellen Sachübergabe. Alle hiervon abweichenden Eigenthumsveräußerungsarten sind civile Rechtssatzung.

Ihering, Geist des römischen Rechts 2. Th. (Leipzig 1854) S. 461 f.: Bei der Uebertragung des Eigenthums, bei dem, so zu sagen, Recht und Sache sich decken, geht äußerlich die Sache selbst über, und eine an der äußeren Erscheinung klebende Auffassung kann über diesem äußeren Vorgang leicht den innern, den Uebergang des Rechts, übersehen oder richtiger mit ihm verwechseln. So auch das ältere Recht. Eigenthumsübertragung ist ihm in der That, so paradox es klingt, nicht Uebertragung des Eigenthums, sondern der Sache. Der Uebergang des Rechts selbst als eines von dem bisherigen Innehaber zu lösenden Dinges von objectiver idealer Existenz ist ihm zu spitz, zu abstract. Darum löst die ältere Zeit den Hergang bei der Eigenthumsübertragung auf in ein Zurücktreten des bisherigen Eigenthümers von der einen und ein Eintreten des neuen in die frei gewordene Sache von der andern Seite....

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere Recht römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zur großen Celebrität gelangten Classification der Dinge in res corporales und incorporales. Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als res corporalis. Ueber die Verkehrtheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach kaum getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine res incorporalis, als die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Uebertragung desselben geht juristisch nicht die res corporalis, sondern das Recht, die res incorporalis, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck

Digitized by Google

der entwickelten älteren Vorstellungsweise, wonach beim Eigenthum die Sache, so zu sagen, das Recht verdeckte. ...

Dieser bald mehr bald weniger auseinandergehenden, aber doch in der Hauptsache übereinstimmenden Darstellungsweise tritt eine andere gegenüber, welche die Tradition als einen Vertrag auffaßt.

Unter den Vertretern dieser Ansicht ist vor Allen v. Savigny zu nennen; es darf uns daher nicht Wunder nehmen, daß sie bald sehr bedeutende Anhänger zählte, ja daß sie sich zur herrschenden erhob.

v. Savigny lehrt in seinem System des heutigen Römischen Rechts III § 140:

> Die wichtigste und umfassendste unter allen Willenserklärungen ist der Vertrag d. i. die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden... Hauptsächlich kommt der Vertrag vor bei den Obligationen, und zwar vor Allem zur Begründung derselben (obligatorische Verträge), ebenso aber auch zur Auflösung der Obligation. Ferner im Sachenrecht und zwar gleichfalls in der ausgedehntesten Anwendung. So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffes darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt. Daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grunde liegenden Vertrages nicht auf.

Diese Darstellung findet sich wörtlich wieder bei Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XII S. 792.

In wesentlicher Uebereinstimmung damit sprechen sich aus

> Sintenis, praktisches gemeines Civilrecht I S. 478 f.: Uebergabe (traditio) ist im Allgemeinen die Uebertragung des Besitzes, im engern Sinne aber die zum Behuf des Erwerbes des Eigenthums, also ein Vertrag, der durch Geben und Nehmen vollzogen wird.
>
> Unger, System des österreich. allgem. Privatrechts II S. 170, 171: ... Auch die Tradition ist ein Vertrag, indem sie die auf Uebertragung des dinglichen Rechts gerichtete Willenseinigung des Tradenten und des Erwerbers enthält. (Es kommen daher auch bei der Tradition die Grundsätze von den Rechtsgeschäften, insbesondere von den Wirkungen des Irrthums, des Zwangs und des Betrugs zur Anwendung.)
>
> Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts I § 252: Uebergabe heißt im Allgemeinen die Besitzübertragung auf Grund einer Vereinbarung; geht diese Willensübereinstimmung auf Uebertragung

Digitized by Google

des Eigenthums, so ist die Uebergabe die Handlung der Eigenthumsübertragung. Der allgemeine Charakter der Uebergabe ist hierbei die wechselseitige Absicht, das Eigenthum zu verschaffen und beziehlich zu erwerben; dazu ist also eine Willensübereinstimmung beider Theile und eine Erklärung dieses Willens erforderlich, mithin ist die Uebergabe ihrem Wesen nach ein wahrer Vertrag. [1])

Mit Recht erklärt sich gegen diese Auffassung v. Scheurl a. a. O. S. 205, 206, indem er bemerkt:

Ist der Wille des Tradenten, sein Eigenthum auf den Erwerber zu übertragen wenigstens ebenso wesentlich, als sein Wille, sich des Eigenthums zu begeben, so liegt die Frage sehr nahe, ob es nicht auch zur Wirksamkeit der Tradition unerläßlich gehöre, daß jener Wille auf eine bestimmte Person gerichtet sei? Diese Frage würde entschieden bejaht werden müssen, wenn es feststünde, daß die Tradition als Eigenthumsübertragung wesentlich ein Vertrag im strengen Sinn des Worts sei; denn eine Vertragsschließung mit einer unbestimmten Person ist nicht denkbar. Ich sehe aber nicht ein, welchen Grund man im Wesen des Eigenthums finden könnte, um für den Uebergang desselben als Folge des Besitzübergangs noch irgend etwas Anderes zu fordern, außer dem Zusammentreffen des übereinstimmenden Willens des Tradenten und des Besitzerwerbers, daß das Eigenthum von jenem auf diesen übergehe; und zu diesem Zusammentreffen bedarf es offenbar keiner eigentlichen Vertragsschließung zwischen ihnen. Von diesem Gedanken jedenfalls geht auch Gajus aus, wenn er in L. 9 § 7 D. de A. R. D. (41, 1) sagt:

— interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit.

Noch entschiedener tritt jener Lehre entgegen

Gustav Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (Berlin 1860) [2]) S. 56 ff.: Die Tradition ist keineswegs, wie die jetzige Doctrin

---

1) Vergl. Koch, Recht der Forderungen II S. 611 (2. Ausg.): Wiewohl die Zahlung eine Handlung ist, so ist sie doch kein simples Faktum, sondern ein Rechtsgeschäft, ein juristisches Verhältniß, und beruht auf Vertrag oder ist vielmehr selbst ein Vertrag.

Hiermit übereinstimmend: Kniep, Einfluß der bedingten Obligation auf die ursprüngliche Obligatio. (Wiesmar, 1860) S. 102: ... Die Zahlung ist eine Art der Tradition. Die Tradition ist ein Vertrag, aber kein obligatorischer. Zur Zahlung als einem Vertrage gehört mithin gleichfalls Anerbieten auf der einen, Annahme auf der andern Seite. Wird das Anerbieten angenommen, so ist der Zahlungsvertrag perfect, wird es zurückgewiesen, so ist eine Oblation im technischen Sinne vorhanden.

2) Vergl. auch dessen „Studien und Kritiken im Gebiet des preußischen, römischen und deutschen Rechts" (Greifswald 1847) Nr. III. „Ueber den Begriff und die Art der Uebergabe nach römischem und preußischem Recht."

Digitized by Google

behauptet, ein „dinglicher Vertrag," welcher „die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und Eigenthums gerichtete Willenserklärung und eine neue Ordnung der Rechtsverhältnisse unter den handelnden Personen" enthält; sondern sie ist nie etwas Anderes, als die einseitige Willenserklärung der bisher Berechtigten, durch welche sie ihr Recht aufgeben und das Object alieniren, veräußern, erledigen, damit der neue Erwerber sein neues Recht selber daran begründen, und ihnen in der Herrschaft über dasselbe Object folgen könne. Die Tradition schließt immer nur einen Rechtsverlust in sich, einen Rechtserwerb kann sie nicht bewirken: diesen herbeizuführen, ist stets Sache des Acquirenten, der (nach erfolgter Tradition, um hier bei dem gewöhnlichen Falle stehen zu bleiben,) entweder durch die in unmittelbarer Gegenwart einwirkende Macht seines Willens das Recht auf die Sache, das heißt den Besitz, oder doch die rechtliche Möglichkeit, zum Besitz zu gelangen, daß heißt das Eigenthum erwirbt. Und damit ist denn die Selbständigkeit des Sachenrechts im Rechtsverkehr vollständig gewahrt: dessen Wechselbeziehungen führen in den Bedingungen des Rechtserwerbs keine Aenderungen herbei, wohl aber ist ein Rechts-, das heißt ein rechtlicher Verkehr nur an Gegenständen möglich, welche wiederum ver-äußert, dem Erwerbswillen Anderer heimgegeben, und durch Rechtsaufgabe der Art er-ledigt sind, daß der Wille des Acquirenten in ihnen eine neue, freie Stätte für seine Re-alisirung zu finden vermag.

Man braucht aber in der That nicht soweit zu gehen, der Tradition die Eigenschaft eines zweiseitigen Rechtsaktes abzusprechen, um jene Doctrin, welche in ihr einen wahren Vertrag und eben nur einen Vertrag erblickt, zu bekämpfen. Sie ist ein Rechts-

---

Hier wird gesagt (S. 169 f.): Ist schon der Wille eines Rechtssubjekts, einer Person, in eine Sache gelegt, so muß sie diesen Willen zuvörderst aus derselben herausziehen, wenn sich in ihr ein anderer Wille rechtlich soll vervestigen können: erst wenn so die possessio wieder vacua geworden, und das Feld wieder gelockert ist, um dem neuen Willen eine offene freie Stätte zu bereiten, kann die Besitzergreifung vor sich gehen. Das ist der Begriff der Uebergabe (traditio), die wesentlich die beiden Momente in sich schließt: Besitzerledigung (vacua possessio) von der einen und Besitzergreifung von der andern Seite.

Es erhellt hieraus, daß die Uebergabe ihre Stelle wesentlich in der Lehre von dem Besitz zu finden hat: man könnte sie vielleicht richtiger Besitzübertragung nennen. Der Begriff des Eigenthums ist ihr, als solcher, etwas Gleichgültiges; allerdings muß durch sie bei den derivativen Erwerbsarten das factische Moment des Eigenthums, die possessio, ermöglicht werden und dies ist der Sinn der oben citirten Digestenstelle. Mit der Tradition allein ist aber nicht abgethan, der Uebergang der im Eigenthum enthaltenen Rechtsmomente muß, damit die Tradition sich als wirksam erweise, auf anderm Wege schon herbeigeführt sein; L. 31, de acqu. r. dom. (41, 1) (Paul.):

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Digitized by Google

akt, [1]) weil sie einen auf einer Willensthätigkeit beruhenden Rechtsvorgang enthält; sie ist ein zweiseitiger Rechtsakt, weil die sich in ihr kund gebende Willensthätigkeit nothwendig eine zweiseitige sein muß, um die beabsichtigte Rechtsveränderung herbeizuführen. [2]) Aber sie ist trotz dieser Zweiseitigkeit kein Vertrag, sondern nur die Verwirklichung des nicht erst durch sie geschaffenen, vielmehr vor oder neben ihr bereits vorhandenen Willens, eine Sache zu eigen zu geben und zu nehmen — mit einem Worte: sie ist die naturale Form des beiderseits gewollten Eigenthumsüberganges — der (derivative) modus acquirendi. [3]) Die in der Tradition zur Erscheinung kommende Willenseinigung hat es also nicht mit der Person, sondern nur mit der Sache zu thun; sie ist, so zu sagen, rein dinglicher Natur, unmittelbar auf die Sache gerichtet, welche durch diesen Akt in äußerlich erkennbarer Weise zum Eigenthum hingegeben und hingenommen wird.

---

1) Gad, Handbuch des Allg. Deutschen Handelsrechts I (Berlin 1863) S. 207): „Uebergabe ist ein Rechtsgeschäft."

2) Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. IV cap. XVIII § 13: Consensui ejus, cui res traditur, adjuncta esse debet rei traditae acceptio, sine qua nulla futura est traditio, quam hic exigimus, in qua dicimus dominium transferri. Etsi enim numero haec duo sint, tradere et accipere, re ita disjuncta, ut sint etiam contraria, ut sunt, quae dicuntur inter se relata: sic tamen pro conditione relatorum inter se conjuncta sunt ut utrumque sine altero esse non possit. Nam nec quisquam accipere dicendus est, nisi quod traditur: nec quisquam tradere, nisi quod ab altero accipitur... Is ergo jure gentium rei alienae dominium nanciscitur, qui hanc a domino traditam transferendi causa, hoc eodem animo accipit.

Idem l. c. § 4: ... Et sane quod dicitur, nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed cum justa aliqua causa praecedit, ex qua traditio sequatur, ad utrumque pertinet, tam accipientem, quam dantem, quoniam traditio utriusque factum continet...

3) Vergl. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I (Berlin 1864) S. 118 f.: ... Der Gedanke, der die Redactoren des A. L. R. leitete, als sie diese Theorie (vom Titel und Modus) für den Erwerb des dinglichen Rechts aufstellten, war kein anderer als durch den Modus dem dinglichen Rechte die Erkennbarkeit zu verleihen. Die Handlung und Begebenheit, die zum Titel hinzutritt, um aus dem Recht zur Sache ein Recht auf die Sache zu machen, muß eine solche sein, die eine allgemeine Erkennbarkeit giebt, und darum ist der Modus nur da nöthig, wo nicht schon an sich der Erkennbarkeit genügt ist. Die Erwerbart muß, wie aus ihrem Zweck folgt, so beschaffen sein, daß sie ein unmittelbares, Allen erkennbares Einwirken auf die Sache herbeiführt. Die vornehmste ist deshalb Besitzergreifung...

Digitized by Google

Dieser Gesichtspunkt wird treffend hervorgehoben von Plathner, Geist des Preußischen Privatrechts (Breslau, 1854) I S. 417, 418:

> Das Eigenthum ist ein absolutes Recht in dem Sinne, daß es von Jedermann anerkannt werden muß. Wenn aber Eigenthum in Folge Vertrages oder eines anderen Rechtsgrundes vom Eigenthümer auf eine andere Person übertragen wird, so ist der Vertrag oder andere Rechtsgrund zunächst nur ein Akt zwischen den betheiligten Personen, und es entsteht daher die Frage:
>
> ob durch diesen Akt diejenige Person, welcher Eigenthum übertragen wird, auch allen dritten Personen gegenüber zum Eigenthümer gemacht wird?
>
> Nach Grundsätzen des strengen Rechts ist diese Frage einfach dahin zu entscheiden:
>
> Wenn der Eigenthümer durch Vertrag einer andern Person Eigenthum überträgt, so wird diese Person Eigenthümer und gilt auch allen dritten Personen gegenüber als Eigenthümer ...
>
> Im wirklichen Recht gilt jedoch eine andere Ansicht. Es kommt der Grundsatz zur Anwendung:
>
> Nur das erkennbar gemachte Recht wird als Recht anerkannt.
>
> und zwar in folgender Weise:
>
> Weil das Eigenthum ein Recht ist, welches von Jedermann anerkannt werden muß, muß auch der Akt des Eigenthumsüberganges allgemein erkennbar gemacht werden.
>
> Es ergiebt sich auf diese Weise der Begriff der Dinglichkeit des Eigenthums. Nur derjenige wird allgemein als Eigenthümer anerkannt, d. h. nur derjenige ist als Eigenthümer dinglich berechtigt, bezüglich dessen der Eigenthumsübergang auf ihn in gesetzlich bestimmter Weise erkennbar gemacht worden ist.
>
> Wer sich Eigenthum ohne Anwendung dieser Formen übertragen läßt, dessen Eigenthum wird nicht als dingliches Recht anerkannt.
>
> Die Formen, welche den Eigenthumsübergang erkennbar machen, sind Besitzübertragung und Vermerkung des Eigenthumsüberganges in den Grundbüchern.
>
> Es ist also die Besitzübertragung resp. Vermerkung des Eigenthumsüberganges in den Grundbüchern von entscheidender Bedeutung.
>
> Nicht derjenige wird als Eigenthümer anerkannt, welchem der Eigenthümer durch Vertrag zuerst Eigenthum überträgt, sondern nur derjenige, welchem der Eigenthümer Eigenthum unter Anwendung jener Formen überträgt. Im Falle der Kollision von Eigenthumsansprüchen gilt nur der Letztere als Eigenthümer.

Die römischen Rechtsquellen, welchen ja auch die in den ersten §§ unseres Titels aufgestellten Grundsätze des Allgemeinen Landrechts entnommen sind, stimmen mit der bisherigen Darstellung vollkommen überein, während sie auch nicht die entfernteste Hindeutung auf eine Vertragsnatur der Tradition enthalten.

Digitized by Google

Ulp. fragm. tit. XIX § 7: Traditio propria alienatio est rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.

§ 40 J. de rer. div. (2, 1): [1]) Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur...

Paulus l. 31 pr. D. de acq. r. d. (41, 1): Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. [2])

l. 20 C. de pactis (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. [3])

In allen diesen Stellen charakterisirt sich die traditio lediglich als die dem Uebertragungswillen des bisherigen Eigenthümers hinzutretende That, nämlich als der äußere Vorgang, durch welchen, in Verwirklichung jenes Willens, die thatsächliche Herrschaft über die Sache vom bisherigen Eigenthümer aufgegeben und in die dritte Hand gelegt wird. [4]) Dies ist aber eben nichts anderes, als die naturale

---

1) Uebereinstimmend mit Gaj. L. 9 § 3 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

2) Donell. comment. de jure civ. Lib. IV cap. XVI § 7 bemerkt dazu: ... Nuda traditio, id est, sola, sejuncta ab ea causa, quam cum traditione jus desiderat: dictum, ut alibi nuda voluntas, nuda conventio, nudus consensus...

3) Donell. l. c. cap. XVII § 2 bemerkt dazu: ... traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri: cujus haec sententia est. Cum pactis et conventionibus res geritur inter aliquos, agiturque id, ut dominium in alium transferatur: non perficitur hoc nudis et solis pactis, sed traditio amplius ad eam rem est necessaria ac sine ea dominium non transfertur. Itaque nuda pacta in ea definitione non dicuntur ea, quae in edicto de pactis, ex quibus scilicet jure civili actio non oritur. Nam ut maxime justa sit pactio, et quae actionem parit, ut emtio, nunquam tamen ne ex ea quidem transfertur sine traditione .. sed hic intelliguntur nuda ex adjuncto praecedente, quae nuda sunt ab ea re, quae prius desiderabatur, id est, a traditione...

§ 3. Enim vero cur voluntas domini ad dominium transferendum jure gentium non est satis?.. Et si quidem id solum ageretur in hac acquisitione, ut res careret injuria, abunde ad omnem injuriam removendam sufficere domini voluntatem putaremus. Sed adversus dominum solum valet haec cautio. In eo autem, quem volumus dominum fieri, jam dixi ab initio (idque principium naturalis juris in rebus acquirendis tenendum est) sive res nullius est, sive alterius, nunquam quemquam facto suo rem acquirere, nisi cujus potestati et manui res subjecta sit, atque hinc jure gentium nasci dominium. Jam vero id in re aliena non fit aliter, quam si dominus eam tradiderit...

cf. Vinnii com. in § 40 J. 2, 1 Nr. 1.

4) Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Halae 1750) § 321. Quoniam traditione transfertur possessio, ea consistit in actu quocunque, quo

Digitized by Google

Form, vermöge welcher der beiderseits gewollte Eigenthumsübergang zu allgemeiner Erkennbarkeit gebracht wird. [1]) — Wer hierin einen Vertrag erblickt, der übersieht, daß das Vertragselement allein in der causa traditionis liegt und muß daher nothwendig in allen den Fällen, wo die Tradition auf Grund eines vorhergehenden Vertrages (causa praecedens) erfolgt, zur Annahme eines Doppelver-

---

res redigitur in eum statum, ut qui eandem acquisivit, habeat potentiam physicam de eadem pro lubitu disponendi, seu dominium actu exerceri possit.

Vergl. übrigens Dernburg, das Pfandrecht B. 2 (Leipzig 1864) S. 63 f.... Der Besitz ist nicht ein Recht, welches fix und fertig aus der einen Hand in die andere übergehen kann, der Besitz ist ein Zustand, das bestimmte Verhältniß, in welches sich eine Person zu einer Sache setzt, etwas also, was sich der Einzelne verschaffen muß, nicht aber etwas, was übertragen werden kann. Der bisherige Besitzer kann einem Andern durch Aufgabe seines Besitzes Raum lassen, damit dieser Besitz ergreife, insofern läßt sich figürlich von einer Uebergabe des Besitzes reden, aber der Besitz des Auctors kann nicht dem Successor Besitz geben, falls in dessen Person die factischen und psychologischen Vorgänge fehlen, welche den Besitz constatiren.

1) C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem röm. und germanischen Recht B. 1 (Rostock und Schwerin 1853) S. 219 ff.... Die Besitzeinräumung ist insofern eine ganz natürliche Form der Eigenthumsübertragung, als sich in ihr der Wille der Betheiligten thatsächlich und unzweifelhaft ausspricht. Allein sie ist eben nicht die einzig mögliche Form, vielmehr kann der Eigenthumsübergang auch durch andere Acte, welche den Willen der Betheiligten bekunden, vermittelt werden. Solche Acte sind namentlich: gerichtliche Auflassung und die später an deren Stelle getretene Umschreibung in Stadt-, Grund- u. Lagerbüchern, Investitur bei Lehen, Ertheilung des Grundbriefes bei Leihen, ferner Uebergabe der das Eigenthum beweisenden Urkunden, Uebersendung des Connossements. Ja, an und für sich würde selbst ein bloßer Vertrag für genügend gehalten werden können, wie das Französische Recht dies auch in Bezug auf Mobilien annimmt. Die Eigenthumsübertragung soll jedoch nicht nur zwischen dem Tradenten und Empfänger Rechtswirkungen erzeugen, sondern auch allen dritten Personen gegenüber insofern, als diese den Empfänger in Zukunft als den rechten Eigenthümer zu respectiren dadurch verpflichtet werden. Daher fordert die Rücksicht auf diese, welche theils an und für sich aus mancherlei Gründen dabei interessirt sein können, von dem Eigenthumsübergange Kenntniß zu erhalten, theils möglicherweise der Uebertragung aus irgend einem Grunde widersprechen könnten, daß dieselbe in einer für Alle erkennbaren Weise vor sich gehe ... Aus dieser Rücksicht entspringt für Eigenthumsübertragung das Requisit der Publicität..

Vergl. übrigens v. Hahn, die materielle Uebereinstimmung der röm. und german. Rechtsprincipien (Jena 1856) S. 305 ff.

Digitized by Google

trages gelangen. Zu welchen Consequenzen diese Ansicht führt, wird nur einer kurzen Hindeutung bedürfen. So würde, wenn der vorangegangene Veräußerungsvertrag zu seiner Gültigkeit die Schriftform erheischte, die nachfolgende Uebergabe gleichfalls schriftliche Beurkundung erfordern. Die in Folge eines solchen Vertrages ausgesprochene Verurtheilung des Veräußerers zur Uebergabe ließe eine unmittelbare Vollstreckung durch richterliche Hülfe gar nicht zu; denn es käme j vorerst auf Erzwingung des Traditionsvertrages an, zu dessen Ab schluß der Richter oder der Exekutor nicht ermächtigt ist. — De Erbe, der quasi ex contractu zur Uebergabe der vermachten Sach verpflichtet ist, würde durch diese Uebergabe in ein wahres Vertrags verhältniß zu dem Legatar treten, das seiner rechtlichen Stellung z dem Letzteren durchaus nicht entspricht. Endlich mag noch daran hingewiesen werden, daß jene Idee von der Vertragsnatur der Tra dition gar nicht in Einklang zu bringen ist mit dem in den §§ 128 129 Tit. 11 Th. I des Allgemeinen Landrechts aufgestellten Grund satze, wonach „unter Abwesenden die Uebergabe beweglicher Sache vollzogen ist, sobald die Sache .. auf die Post gegeben, oder den Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden," wenn auch die Ueber machung nicht nach der ausdrücklichen Anweisung des Käufers ge geschehen, sondern „von diesem die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers, ausdrücklich oder stillschweigend, überlassen worden" — ebensosehr aber auch dem Prinzipe widerspricht, wonach die rechtmäßige gerichtliche Deposition der schuldigen Summe oder Sache als wirkliche Zahlung oder Uebergabe gilt (§ 213 Tit. 16 a. a. O.) Denn wo ist in diesen Fällen ein die Tradition vermittelnder Vertragsschluß zu finden?

Eine erhebliche Unterstützung der hier vertheidigten Ansicht bietet die Zusammenstellung der Tradition mit einem andern, seinem Wesen und seiner Bedeutung nach ihr völlig analogen Rechtsakte — nämlich der Cession. So wenig diese ein Vertrag ist, so wenig läßt die Tradition eine solche Auffassung zu. Die Cession ist Rechtsübertragung, gleichwie die Tradition Sachübergabe ist, also gleich der letzteren die Form des Rechtsüberganges — der Akt, in welchem der Uebertragswille sich verkörpert.

Mevii Decis. VIII 440: Quomodo se habet traditio in corporalibus, ita se cessio habet in incorporalibus, praesertim nominibus et actionibus. Quomodo igitur istorum dominium sine traditione non acquiritur, sic nec jus agendi ex eo, quod alteri debetur, non transit sine

Digitized by Google

cessione, nisi singulari beneficio legis actio cedatur vel pro cessa habeatur...[1])

Berger, Dissert. jur. select. Disput. 51 § 12... Cessio per se et qua talis, non est specialis quidam titulus sive causa acquirendi, sed modus potius generalis, res incorporales ab uno in alium transferendi: in quibus proinde idem est, quod traditio in corporalibus. Qua de causa, sicut rei venditae, vel donatae dominium sine traditione non transfertur: ita nec venditi aut donati nominis dominium, ut ita dicam, sine cessione transit. Et vicissim, quemadmodum per traditionem nudam sine titulo habili dominium non transfertur, ita nec jus aliquod per cessionem simplicem acquiritur, si quidem justus titulus desit...

Diese Anschauung ist auch in unserem Landrechte deutlich genug ausgesprochen. Dasselbe bestimmt Th. I Tit. 11:

§ 376. „Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung, zu überlassen."

§ 377. „Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession genannt."

Im gedruckten Entwurfe war der betreffende Paragraph (§ 340) so gefaßt:

„Die Abtretung der Rechte ist ein Vertrag" — u. s. w. (wie oben § 376).

Suarez bemerkte dazu in der revisio monitorum:

„Um accurat zu sprechen und Chicanen gegen die Definition zu vermeiden, muß man nicht sagen: die Cession ist ein Vertrag u. s. w., sondern die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, denn die Cession ist eigentlich traditio des Rechts, oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechts dem Andern übertragen wird."

„Diese Ansicht — so bemerken die Gesetz-Revisoren (Pensum XIV S. 66, 67) — ist innigst verwandt mit den Begriffen von Besitz und von Eigenthum. Wenn man den Begriff von Eigenthum (dominium) auf Rechte (obligationes, jura in re) überträgt, dergestalt, daß man sich das Recht als einen Gegenstand des Eigenthums denkt, wenn man ferner einen Besitz der Rechte anerkennt, und zwar ganz allgemein, nicht auf die römische juris quasi possessio beschränkt, so muß man auch bei Uebertragung der Rechte, gleichwie bei jeder

1) Schon die Glosse kennt den, auch von Bartolus angenommenen Satz: quod operatur traditio in rebus corporalibus, illud operatur cessio in istis rebus incorporalibus.

Vergl. auch Schilter, Praxis jur. Rom. in foro Germ. T. II. Exerc. 30 § 62.

Digitized by Google

andern mittelbaren Erwerbung des Eigenthums causa praecedens und traditio unterscheiden. Wenigstens steht, sobald man einen Besitz der Rechte denkt, nichts mehr im Wege, neben dem Abtretungsvertrage auch eine Uebergabe, welche den Besitz überträgt, zu denken, und so hat sich wirklich der Verfasser des A. L. R. die Sache gedacht.."

So hat denn auch unser Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 5. Juli 1851 den Rechtssatz ausgesprochen:

> Die Cession als solche ist kein Vertrag, sondern eine Handlung, durch welche die aus dem vorhergegangenen pactum de cedendo entsprungene Verbindlichkeit erfüllt wird. [1])

In den Gründen der Entscheidung wird gesagt:

> Der Appellationsrichter schließt sich der Meinung an, nach welcher die Annahme der Cession nicht bloß zur Vollendung, sondern zum Begriff dieses Geschäfts gehört. Nur unter dieser Voraussetzung läßt es sich erklären, daß er die Schriftlichkeit der Annahme — als eines wesentlichen Theiles des Geschäfts — für nothwendig erachtet, und daß er sich nur auf den § 394 Tit. 11 Th. I A. L. R. bezieht. [2]) Diese Ansicht ist irrig und dem System des Allgemeinen Landrechts nicht entsprechend. Nach diesem ist die Lehre von dem titulus und modus acquirendi auch auf die Abtretung der Rechte übertragen worden. In den §§ 376, 377 ist das pactum de cedendo als Titel und die Cession als Uebertragungsakt sehr bestimmt auseinander gehalten. Die Cession als solche ist deshalb kein Vertrag, sondern die Erfüllung einer vorgängigen Abrede, d. i. die Handlung, durch welche der für den einen Kontrahenten aus dem pactum de cedendo entspringenden Verbindlichkeit Genüge geleistet wird. Die Annahme einer solchen Erfüllung ist allerdings insoweit nothwendig, als überhaupt kein Rechtserwerb aus der Handlung eines Dritten ohne den Willen desjenigen, welcher erwerben soll, stattfinden kann. Darum

---

1) Vergl. dagegen Bähr, Zur Cessionslehre (in v. Gerber's u. Ihering's Jahrbüchern I S. 371, 372): „Die Cession ist ein Vertrag; aber nicht ein obligatorischer Vertrag, sondern ein Vertrag nach Art der dinglichen Verträge (vergl. Savigny, System III S. 312), und namentlich der Tradition analog. Wie diese das Recht an einer Sache, so überträgt jene ein Klagrecht, solches als Vermögensobject gedacht. Da nun bei Obligationen der rechtliche Inhalt eben nur in dem Klagerechte besteht, so kann man sagen: die Cession überträgt die Obligation."

2) „Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe schriftlich erfolgen."

Digitized by Google

fordert auch der § 393 [1]) die Annahme von Seiten des Cessionars; die Willenserklärung ist aber nirgends an eine bestimmte Form gebunden.
Striethorst, Archiv B. 2 S. 228 ff.

2) Ueber die Tradition eines ideellen Theils einer Sache sprechen sich aus:

Donell. com. de jure civili Lib. IV cap. XX § 1: Traditionis species est communicatio, quae quidem inter duos perficiatur consensu. Est autem communicare rem cum alio, rem nostram cum alio communem facere, id est rei nostrae partem in alium ita transferre, ut res incipiat ejus esse pro indiviso, altera parte indivisa apud nos manente. Sic enim dicitur res communis, quae duorum est, aut plurium, non quasi singulorum tota, sed singulorum pro partibus, et his indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. [2]) Ut autem pars rei nostrae fiat alterius inter consentientes, efficitur voluntate domini, id est, nostra, et rei traditione, eodem plane modo, quo res nostrae totae fiunt alterius eodem consensu. Traduntur res totae a nobis, et sic traditione totae transferuntur. [3]) Licet et rem nostram tradere eo animo, ut fiat accipientis duntaxat pro parte indivisa. Quod cum fit, vi ipsa nihil, nisi rei nostrae pars indivisa, tradita intelligitur. Ex quo, ut ejus partis possessio accipienti per traditionem acquiritur; [4]) sic necesse est, per possessionem inter consentientes ejus partis dominium acquiri; [5]) scilicet, ut quod efficit traditio in toto, id efficiat et in parte. [6]) Quod si traditio partis indivisae rem communem facit, et, uno verbo, communicat cum alio: verum est, quod dixi, communicationem hanc nihil, nisi speciem esse traditionis, quae huic generi omnino subiici debeat. Quod si fit haec traditio a duobus invicem in duabus rebus, quae singulorum sint, ea duarum rerum vice mutua communicatio est.

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XI S. 562, 563: Es ist die Möglichkeit der Tradition idealer Theile von Sachen bezweifelt worden (Franzke, com. ad Dig. tit. pro socio Nr. 41); vielmehr soll hier überhaupt, wie dies bei der societas omnium bonorum gesetzlich bestimmt ist, das Miteigenthum schon durch die Vollendung des auf dessen Begründung gerichteten Vertrages, also ohne oder wenigstens vermittelst einer bloß fingirten Tradition, auf den Erwerber übergehen. Diese Ansicht ist aber ganz unhaltbar. Vergl. Schmid, Handbuch des gemeinen bürgerl. Rechts I § 8 S. 95 f. In den Gesetzen ist nicht bloß der Besitz

1) „Durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung geht das Eigenthum des Rechtes selbst auf den neuen Inhaber über."

2) L. 5. D. de stipulat. servor.

3) § 40. Inst. de rerum divis.

4) Quod traditur in L. 26 de acquir. possess.

5) L. 20. § 2. de acquir. rer. domin.

6) L. 76. pr. de rei vindicat.

Digitized by Google

sondern auch die damit in Zusammenhang stehende Möglichkeit einer Uebergabe idealer Theile einer Sache, sofern dieselben nur vollständig bestimmt sind, anerkannt.[1]) Auch ergibt sich daraus, daß bei der societas omnium bonorum insbesondere die Tradition für unnöthig erklärt wird,[2]) die Nothwendigkeit derselben bei der particulären Societät. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 175, macht hier einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Bei den ersteren hält er eine Uebergabe eines idealen Theiles der Sache für gar nicht möglich, was sich von der wahren oder eigentlich sog. Tradition verstehe, welche es hier nicht gebe, indem sich nicht annehmen lasse, daß man dieselbe Sache theilweise (nämlich pro parte indivisa) aus der Hand geben und sie zugleich theilweise behalten könne. Bei unbeweglichen Sachen hingegen hält er eine wahre Tradition allerdings für möglich, eine inductio in fundum, in der Absicht Mitbesitz zu geben bez. zu erwerben. Eine fingirte oder uneigentlich s. g. Tradition hält er bei beiden Arten Sachen für möglich, arg. l. 18 § 2 D. 41, 2. Dagegen kann die Möglichkeit der wahren Uebergabe eines idealen Theils einer beweglichen Sache aus dem Grunde angenommen werden, weil in einem solchen Falle der Empfänger Besitz in eigenem Namen und Eigenthum nur an dem ihm zugewiesenen idealen Antheile erwirbt, während er die idealen Antheile der übrigen Miteigenthümer nur in fremdem Namen detinirt.

3) Es fragt sich:

ob es der „wirklichen Uebergabe" gleichsteht, wenn derjenige, der einen rechtsgültigen Eigenthumstitel hat, sich ohne Zuthun seines Auctors, jedoch auf fehlerfreie Art, in den Besitz der Sache gesetzt hat.

Hierüber sprechen sich aus:

Ulp. l. 1 § 5 D. de excep. rei vend. (21, 3): Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor justam causam habeat, cur rem vindicet: nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

Mascardi de Probat. Vol. II concl. 539 Nr. 3: Judicia autem, ex quibus probatur dominium, duo traduntur...; primum scilicet,

---

1) Pompon. l. 26 D. de acq. poss. (41, 2): Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest; sed et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec (usu) capi potest, veluti si ita tibi tradam, „Quidquid mei juris in eo fundo est;" nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est potest.

cf. l. 8 C. de act. emt. (4, 49).

2) Paul. l. 1 § 1 D. pro soc. (17, 2): In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt continuo communicantur.

Gaj. l. 2 eod.: Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Digitized by Google

quando vendidisti mihi rem, et te sciente et patiente fuero in possessione: hoc enim probato, satis probatur de traditione (l. 2 C. de acq. poss.), ex traditione devenitur ad dominium...

Id. concl. 1203 Nr. 19: Traditio praesumitur facta ex praecedente causa debiti.

Brunnemann, com. in C. ad l. 19 de r. v. (3, 32) Nr. 1 sqq. Dominium .. etiam per indicia certa probari potest, v. g. si cum domino contraxi et eo patiente aliquot annos in possessione fui; praesumitur enim traditio facta.

Id. ad l. 2 de acq. poss. (7, 32) Nr. 3: Possidere post contractum sciente domino et re uti est idem, quod traditum accipere, et patientia pro consensu est et pro traditione: si titulus praecedat et possidere quis praesumitur ex titulo praeambulo.

4) Anlangend die neueren Gesetzgebungen, so bestimmen in Betreff der Uebergabe beweglicher Sachen (von der Tradition bei Immobilien wird in den Glossen zu § 6 d. T. gehandelt werden)

das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch:

§ 425. „Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in den Gesetzen bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden." [1])

§ 426. „Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand an einen Andern übertragen werden."

§ 427. „Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesammtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist." [2])

das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 253. „Durch Uebergabe wird das Eigenthum einer beweglichen Sache erworben, wenn der Besitz derselben in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, übergeben wird."

das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich:

§ 646. „Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des

1) Vergl. Unger, System des österr. allgem. Privatrechts II S. 10, 11.
2) Vergl. Unger a. a. O. I S. 483.

Digitized by Google

Besitzes in Folge eines auf Uebergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung." [1])

§ 647. „Der Vertrag für sich allein bewirkt keinen Uebergang des Eigenthums. Vielmehr muß die Uebergabe und Uebernahme des Besitzes hinzukommen."

der Code civil:

art. 1138. „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier proprietaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite..." [2])

---

§ 2. 1. Die causa traditionis [3]) („der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums") ist das rechtliche (innere) Moment der Tradi-

---

1) Bluntschli in seinem Commentar II S. 138 f. bemerkt dazu: Die Besitzübergabe (traditio) ist nach römischem und deutschem Recht die regelmäßige Form für die Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen, und sie ist auch die naturgemäße Form, weil der Verkehr mit beweglichen Sachen nicht wie der mit Grundstücken der stäten Kontrole der öffentlichen Bücher sich fügt und das Eigenthum in jenen sich näher als bei diesen an den Besitz anschließt und an diesem sich bewährt. Vergl. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 70, 2. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Uebertragende selbst Eigenthum habe und übertragen wolle, und ebenso, daß der Empfänger das Eigenthum erwerben wolle.

2) In Anwendung dieses Grundsatzes auf den Kauf bestimmt:

art. 1583. „Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé."

art. 1604. „La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur."

art. 1606. „La délivrance des effets mobiliers s'opere, — ou par la tradition réelle, — ou par la remise des clefs des bâtimens qui les contiennent, — ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente.."

Ferner in Beziehung auf den Tausch art. 1703. „L'échange s'opere par le seul consentement, de la même maniére que la vente.."

Desgleichen in Beziehung auf die Schenkung art. 938. „La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objects donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition."

3) Vergl. Warnkönig, Bemerkungen über den Begriff der justa causa bei der Tradition (im Archiv für die civil. Praxis B. 6 S. 111 ff.)

Dernburg, Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition (ebendas. B. 40 S. 1 ff.)

Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Cassel 1855) § 3. Die Vermögensübertragung und ihr Rechtsgrund S. 11 f. § 4. Unabhängigkeit der Tradition von ihrem Rechtsgrunde. S. 13 f.

Digitized by Google

tion, nämlich dasjenige, welches die Willensrichtung bestimmt, also die juristische Absicht bei der Traditionshandlung — die Absicht die überlieferte Sache zu eigen zu geben und zu nehmen — zu erkennen gibt. Ohne eine solche causa kann die Tradition gar nicht als Rechtshandlung erscheinen, also auch eine Rechtsübertragung nicht bewirken.

Paulus l. 31 pr. D. de acq. r. d. (41, 1): Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Donell. com. de jure civ. Lib. IV cap. XVI § 7. Secundum est ad voluntatem transferendi, ut qui rem suam esse sciet, huic justa aliqua causa praecedens constituta sit, ex qua dominium transferri solet. Neque enim unquam quisquam traderet rem suam transferendi causa, nisi aliqua causa eum moveret, ut id faceret: neque vero omnes causae tradendi sunt ejusmodi, quibus id agatur, ut transferatur dominium. Hinc illud Pauli etc.... „Propter quam traditio sequeretur," sic accipe, propter quam sequeretur traditio dominii, quod prius dixerat nuda traditione non transferri. Neque enim quaecunque causa praecesserit, quantumvis justa, continuo ex ea traditio secuta dominium transfert. Certae causae sunt, ex quibus res traditur ad possessionem duntaxat et nudam detentionem: proprietas nullo modo.... Quaerimus igitur justas causas ad hoc comparatas, ut ex his dominium transferatur...

Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts II S. 153: Wie einerseits der auf Eigenthumsübergang gerichtete, wenngleich an sich giltige, und bekundete Consens regelmäßig ohne die Verkörperung in dem Besitze dessen, der erwerben soll, jenen Uebergang nicht bewirkt, so genügt andererseits jene Verkörperung ohne rechtlich zureichende beiderseitige Absicht, daß Eigenthum übergehe, hierzu nicht: diese ist die justa traditionis causa, der den Eigenthumsübergang begründende Bestandtheil des Rechtsgeschäfts, welches in den meisten Fällen dem Besitzübergange vorausgeht, aber ihm auch gleichzeitig sein und selbst nachfolgen kann; es ist die rechtlich als wirksam anerkannte, auf eigentliches dare gerichtete, wirkliche Absicht des Gebers und die entsprechende des Nehmers, die ein Geschäft zur justa traditionis causa macht...

Bähr a. a. O. S. 12, 13: Da die juristische Function einer Vermögensübertragung sowohl in der bewußten Position, als in der bewußten Negation eines außer ihr liegenden Zweckes bestehen kann, mit diesen beiden Alternativen aber überhaupt die Fälle erschöpft sind, in

---

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon X S. 543—545. (Nach Gneist, die formellen Verträge des röm. Rechts.)

Dr. J. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) Nr. II. Der Titel bei dem Erwerb des Eigenthums durch Tradition. (S. 48 — 114.)

Digitized by Google

welchen ein bewußtes Handeln sich denken läßt: so folgt daraus von selbst, daß die Verbindung einer jeden Vermögensübertragung mit einem sie bestimmenden juristischen Zwecke nicht etwas Zufälliges, sondern eine nothwendige Folge des bewußten Handelns ist. Wer Eigenthum überträgt oder empfängt, wer ein Forderungsrecht constituirt, muß nothwendig wissen, warum er dies thut; ob damit nur der Empfänger bereichert, also beschenkt werden, oder ob dadurch z. B. das Recht auf eine Gegenleistung begründet, eine Verbindlichkeit getilgt werden soll. Die Annahme, daß dieses Bewußtsein bei einem solchen Acte fehle, würde denselben sofort zu einem „sinn- und gedankenlosen Handeln," zu einem „Act willenloser, wie im Traume handelnder Personen" stempeln, und damit aus der Sphäre des juristischen Handelns ausscheiden..

Die Rückbeziehung der Vermögensübertragung auf einen juristischen Zweck bildet die subjective Seite der causa. Für sie ergiebt sich aus Vorstehendem die Regel: die causa im subjectiven Sinne ist eine psychologische Nothwendigkeit. Von einem Mangel derselben kann niemals die Rede sein, so lange man mit juristisch willensfähigen Personen zu thun hat. Jener Mangel würde mit der Sinnlosigkeit der die Vermögensübertragung darstellenden Handlung selbst zusammenfallen.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 216, 217: Der Eigenthumsvertrag, d. i. die auf Uebergabe des Eigenthums gerichtete Willenseinigung der Parteien, der Tradition immanent, erhebt dieselbe zur Eigenthumsübertragung. Dieser Vertrag ist zu unterscheiden von Grund und Zweck (causa) der Sachveräußerung und des Sacherwerbes. Die causa kann selbst ein (obligatorischer) Vertrag, z. B. Kaufgeschäft, sein; dann ist ihr Verhältniß zum Eigenthumsvertrag das der Perfektion zur Konsummation (l. 31 pr. a. r. d. 41, 1, verbunden mit c. 20 p. p. 2, 3. Strempel, über die justa causa bei der Tradition 1856). In der causa liegt der intellektuelle Anfang, liegt die Vorbereitung; das Geschäft der Eigenthumsübertragung selbst aber geschieht durch den die Tradition erklärenden Eigenthumsvertrag. [1])

Hierbei kommt es aber immer nur auf den wirklichen Willen an, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht aber auf das besondere Motiv dieses Willens.

Hierüber spricht sich Dernburg gleich am Anfange seiner oben (S. 420 Note 3) angeführten Abhandlung dahin aus:

Man erkennt in neuerer Zeit mehr und mehr an, daß es nach römischem Recht zum Erwerb des Eigenthums durch Tradition genügt, daß der Wille des zur Uebertragung Berechtigten auf Verleihung des Eigenthums gerichtet war, daß der Empfänger von seiner Seite den Willen

1) Javol. l. 55 D. de o. et a. (44, 7): In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit: nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum quod inchoatur, non potest.

Digitized by Google

gehabt hat, Eigenthümer zu werden, und daß sich jener zusammentreffende Wille in der Ueberlassung des juristischen Besitzes verkörpert hat. Man sieht mehr und mehr ein, daß die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung nicht davon abhängig ist, ob der Zweck, welchen der Geber durch sie erreichen wollte, die Absicht, welche er sich vorsetzte, und welche den Grund (causa) der Vornahme jenes Rechtsakts bildete, wirklich erreicht sei.

Zwar daß ein vernünftiger Grund (causa) dem Geber im Geiste vorschwebte, ein Grund, welcher ihn zum Willen, Eigenthum zu übertragen, bestimmte, liegt in der Natur des bewußten Handelns. Wer sich selbst nachtheilige, einem Andern vortheilhafte Rechtsakte vornimmt, sei es nun, daß er Rechte aus seinem Vermögen übertrage oder eine Obligation übernehme, muß nach logischer Nothwendigkeit mit jenem Rechtsakt entweder weitere rechtliche Wirkungen für sich beabsichtigen, oder den Gegentheil umsonst bereichern — schenken wollen. Dennoch unterscheidet sich die Ueberlassung von Eigenthum wesentlich von Uebernahme einer Obligation. Damit eine gültige Obligation entstehe, ist es nothwendig, daß die Absicht erreicht werde, welche den Schuldner zur Eingehung des Rechtsverhältnisses bestimmte, daß die causa der Schuldübernahme objektive Realität habe oder erhalte. Wo dies nicht der Fall ist, kommt entweder das obligatorische Verhältniß nicht zu Stande, oder es wird durch exc. doli völlig unwirksam. Der Eigenthumsübergang dagegen ist gültig, wenn die causa, welche den Sinn des Gebers bestimmte und ihn zum Willen der Verleihung des Eigenthums hintrieb, nicht erreicht wurde, nicht erreicht werden konnte. Das Eigenthum ist dem Geber verloren, welcher den Willen, dasselbe zu übertragen, erklärt und die Uebergabe an den Empfänger vollzogen hat, auch wenn seine Absicht nicht realisirt ist; er kann keine Eigenthumsklage, weder gegen die Person anstellen, welcher er tradirte, noch gegen Dritte, welche etwa von dieser erwarben.

Diese alleinige richtige Auffassung hat in dem bürgerlichen Gesetzbuche für das K. Sachsen in Betreff der mittelbaren Erwerbung beweglicher Sachen eine ausdrückliche Anerkennung gefunden.

Der § 254 stellt in Beziehung auf den Rechtsgrund der Tradition beweglicher Sachen nur das Erforderniß auf:

„daß der Besitz in der Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu erlangen übergeben und empfangen wird.“ [1])

Nur in Ansehung der Erwerbung des Eigenthumes an unbeweglichen Sachen, welche ausschließlich durch Eintragung des Erwerbers

1) Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch enthält dagegen die (dem § 2 unseres Titels entsprechende) allgemeine Bestimmung:

§ 424. „Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder in der Anordnung des Gesetzes.“

Digitized by Google

in das Grundbuch vermittelt wird, ohne daß es dazu der Erwerbung des Besitzes bedarf, wird bestimmt:

§ 276. „... Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus."

§ 277. „Einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung geben: auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäfte unter Lebenden, richterliche Entscheidung, Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft."

Die „Speziellen Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen" (Dresden 1861) S. 657 f. bemerken zur Rechtfertigung der Abweichung von den gangbaren Ansichten über die causa traditionis:

In § 264 d. E. (entsprechend dem § 253 des G. B.) wird die s. g. justa causa traditionis nicht als besondere Voraussetzung des Eigenthumsüberganges durch Tradition erwähnt; vielmehr die bloße Erklärung des Willens, Eigenthum zu übertragen, bez. auf sich übertragen zu lassen, für genügend angesehen. Man ist dabei von der Vorstellung ausgegangen, daß ein Rechtsgeschäft nur als Mittel zu betrachten ist, den angegebenen Willen zu erkennen zu geben, dies aber eben so gut und mit demselben Erfolge durch facta concludentia, z. B. bei der Schenkung, welche durch sofortige Uebergabe des geschenkten Gegenstandes erfolgt, geschehen kann. Auch schon das röm. Recht geht von der Ansicht aus, daß selbst da, wo keine justa causa oder auch gar keine causa vorliegt, durch Tradition Eigenthum erworben werden kann, sobald nur der oben angegebene Wille vorhanden ist, indem es in den Fällen einer indebite oder ex injusta vel turpi causa, oder ob causam, oder auch sine causa erfolgten Leistung den Gegenstand derselben zwar zu condiciren, nicht aber zu vindiciren gestattet, eben weil der Inhaber durch die indebite ꝛc. erfolgte Uebergabe Eigenthümer geworden ist. Derselbe, nur durch diese Annahme sich erklärende Fall tritt auch ein, wenn die Tradition unter Verhältnissen stattgefunden hat, wo jeder der beiden Interessenten ein anderes Rechtsgeschäft als causa traditionis im Sinne hat, vorausgesetzt, daß jedes der dabei in Frage kommenden Rechtsgeschäfte zur Eigenthumsübertragung an der, den Gegenstand derselben bildenden Sache geeignet ist, z. B. wenn Geld in der Absicht zu schenken gegeben, von dem Empfänger aber in der Meinung, daß er ein Darlehn empfange, angenommen worden ist. Das Wesen des Eigenthumsüberganges wird hiernach nur dann getroffen, wenn man es auf den übereinstimmenden Willen beider Interessenten, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben setzt, Rechtsgeschäfte sind bloß einzelne Beispiele davon. Der gewöhnlichen Meinung, daß zum Eigenthumserwerbe durch Tradition eine causa traditionis gehöre, liegt eine Vermischung des Erfordernisses übereinstimmender, auf Eigenthumsübertragung gehender Willensrichtungen der Interessenten mit der in die Lehre von den Condictionen gehörigen Frage zu Grunde, ob und aus welchen Gründen das Resultat dieser Willensrichtung, die Eigenthumsübertragung, rückgängig gemacht werden kann.

Digitized by Google

2. In Verbindung hiermit steht die Frage:

welchen Einfluß etwaige Mängel der causa, nämlich der sich ihr kund gebenden Willensrichtung, auf die Gültigkeit der Tradition haben?

a. So viel ist klar, daß von einer Tradition überhaupt nicht die Rede sein kann, wenn der Wille, Eigenthum zu übertragen, gar nicht, sondern nur der Schein eines solchen Willens vorhanden war. Hierher gehört der Fall simulirter Tradition.

> Mascardi de probationibus concl. 1203 Nr. 8, 9: ... possessionem ex contractu simulato non transferri, etiamsi quis possessione discedat, et alium in possessione dimittat.... nam licet si agatur, ut possessio transferatur, ex contractu simulato transferri possit, tamen in dubio traditio praesumitur simulata, sicut ipse contractus, quod et placuit Aug. in l. 1 § 4 D. de acq. poss., ubi vult, quod ex contractu simulato nunquam transfertur possessio...

Dasselbe gilt im Falle eines absoluten Zwanges, nämlich der durch physische Gewalt gänzlich aufgehobenen Willensthätigkeit. [1])

b. Anders liegt der Fall, wenn der Wille des Tradenten durch psychologischen (compulsiven) Zwang oder Drohung bestimmt worden ist. Hier ist ein wirklicher Wille, wenngleich ein in Unfreiheit abge-

---

1) Dr. Baron a. a. O. S. 51: Von den Gründen der Willensunfreiheit müssen die Zustände der Willensgebundenheit unterschieden werden. Zu letzteren gehören die Trunkenheit, die Leidenschaft und der absolute Zwang (die physische Gewalt). Bei solchen Zuständen erscheint der Wille des Erklärenden nicht mit Bezug auf eine bestimmte Willenserklärung unfrei, er ist vielmehr gänzlich in seiner Selbstthätigkeit gehemmt; nur scheinbar und äußerlich gibt er Erklärungen ab, die als von keinem Willen getragen auch keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen können. Personen in solchen Zuständen gehören zu den Willensunfähigen.

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts II S. 51: Wo mechanischer Zwang ausgeübt wurde, ist gar keine Handlung, nicht einmal der Schein einer solchen vorhanden, da der Wille in dieser Richtung gar nicht thätig gewesen ist. (Wird daher jemand z. B. durch Vergewaltigung zur Uebergabe seiner Sache oder zu passivem Verhalten genöthigt und ihm seine Sache weggenommen, so verliert er dadurch sein Eigenthum nicht, er hat die Vindicationsklage und überdieß gegen den Vergewaltiger die persönliche Klage auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz. Vergl. Glück, Comment. IV § 447.)

Vergl. auch J. J. Lang, Kritische Beleuchtung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das K. Bayern. Heft I S. 55, 56.

Auch das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen erklärt im voraus-

Digitized by Google

gebener, vorhanden. — Das römische Recht gewährt hier dem Gezwungenen nur durch besondere Rechtsmittel (actio quod metus causa — exceptio metus — in integrum restitutio propter metum) Abhülfe gegen die nachtheiligen Folgen der an sich für rechtsbeständig erachteten, durch Zwang veranlaßten Rechtshandlung.

Unser Landrecht dagegen, der auf einem Mißverstande des römischen Rechts beruhenden damaligen Doctrin[1]) sich anschließend, behandelt jedes erzwungene Rechtsgeschäft als ein ipso jure ungültiges und kann daher im Falle einer erzwungenen Tradition einen Eigenthumsübergang nicht annehmen.[2]) Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Tradition selbst unter dem Einflusse des Zwanges erfolgte.[3]) Ist dagegen nur das zur Tradition verpflichtende Rechtsgeschäft erzwungen und die Uebergabe hinterher bei völliger Willensfreiheit geleistet, so läßt sich hierin eine Anerkennung finden, welche jenem Geschäfte nach den §§ 186—189 Tit. 5 Th. I des A. L. R.[4]) volle Wirk-

---

gesetzten Falle die Tradition für nichtig. Denn dasselbe bestimmt § 850.. „Die Rückforderung von einem Dritten findet bei einem wegen körperlicher Ueberwältigung nichtigen Vertrage immer statt..." und die Motive bemerken zu dem entsprechenden § des Entwurfes (§ 875) ausdrücklich: „die Rückforderung, deren der § 875 gedenkt, geschieht bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte mittelst der rei vindicatio."

1) Vergl. Glück IV S. 167—185 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Unger a. a. O. S. 45 ff.

2) Vergl. Dr. Baron a. a. O. S. 60—65.
Koch, Recht der Ford. (2. Ausg.) II. S. 105.
Preuß. Ger. Zeit. 1860 S. 23 (enthaltend ein Referat über einen Vortrag des Privatdoc. Dr. Bornemann „Ueber die Wirkung der Tradition auf Grund anfechtbarer Verträge").

3) Diese Voraussetzung spricht ausdrücklich aus das privatrechtliche Gesetzbuch für Zürich § 922: „Wer durch physischen Zwang oder durch ernstliche Drohungen, welche eine gegründete Furcht erregen, genöthigt worden ist, einen Vertrag einzugehen, ist berechtigt, die Verbindlichkeit desselben von sich abzulehnen und die unter dem Eindrucke des Zwangs oder der Furcht bereits gemachte Leistung zurückzufordern."

4) § 186. „Durch das Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrages werden diejenigen Einwendungen gehoben, welche sich auf den Mangel einer freien oder ernstlichen Einwilligung beziehen."

§ 187. „Doch muß das Anerkenntniß zu einer Zeit erfolgt sein, wo das bei der ersten Schließung des Vertrages entgegengestandene Hinderniß gehoben war."

§ 188. „Alsdann erstreckt sich aber auch die Wirkung eines ohne Einschränkung

Digitized by Google

samkeit verleiht und daher sowohl die Vindication, als auch die Rescissionsklage ausschließt. [1])

Auch das Oesterreichische Gesetzbuch befindet sich in Uebereinstimmung mit der älteren Doctrin. Es ist nach den Grundsätzen desselben insbesondere auch die erzwungene Tradition eine nichtige: das Eigenthum geht vom Tradenten nicht weg und es steht ihm daher die rei

---

erfolgten Anerkenntnisses bis auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück."

§ 189. „Solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhaltes deutlich erhellet, begründen ein stillschweigendes Anerkenntniß."

1) Dr. Baron a. a. O. S. 102, 103 bemerkt hierüber: Es wird nach A. L. R I, 5. § 186 durch Anerkenntniß der Mangel der freien Willenserklärung gehoben, und da nach § 189 eod. auch ein stillschweigendes Anerkenntniß wirksam erachtet wird, sofern es nur auf Handlungen beruht, die eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich die wiederholte Genehmigung desselben voraussetzen, so wird in der Tradition, welche auf fehlerfreie Weise auf Grund eines in Willensunfreiheit abgeschlossenen Vertrages vorgenommen ist, meist eine Genehmigung des Vertrages liegen. Dies ist jedoch quaestio facti. Hätte mich z. B. ein Roßtäuscher, während ich mich in einer fremden Stadt aufhielt, Abends in meinem Logis mit Gewalt zum Verkauf meines Pferdes gezwungen, und er erschien bei mir am folgenden Morgen in der Frühe in Begleitung einiger handfester Kerle, und verlangte von mir, ohne irgend welche Drohung auszusprechen, die Uebergabe des Pferdes, die ich auch hierauf vornähme: so ist auch hier jede Genehmigung des Kaufvertrages ausgeschlossen, denn wenn ich auch bei der Uebergabe keinen Zwang erlitt, so handelte ich doch in Furcht, denn ich hatte gerechte Ursache anzunehmen, daß falls ich die Tradition verweigerte, ich mit Gewalt zu derselben gezwungen werden würde.

Es ist also stets quaestio facti, ob die Uebergabe ein Anerkenntniß enthält, und es erkennt dies auch das A. L. R. an, indem es im § 209 I, 16 sagt:

Wie weit abgenöthigte Verträge ungültig sind, und also das daraus Gegebene zurückgefordert werden kann, ist gehörigen Ortes bestimmt (Tit. 4 § 31).

zu dessen Verständniß wir gerade den nicht allegirten § 186 sq. A. L. R. I, 5 mit herbeiziehen müssen.

Liegt also nach den thatsächlichen Verhältnissen keine Genehmigung des Vertrages in der Uebergabe, und ist dennoch die letztere ohne vorausgegangene giltige Willenserklärung erfolgt, so hat aus den ad 1 entwickelten Gründen der Trabent trotz der Tradition das Eigenthum und damit die Reivindicatio behalten. —

Vergl. auch Dr. Bornemann a. a. O. S. 23.

Digitized by Google

vindicatio oder actio Publiciana zu Gebote, um seine Sache von jedem Dritten abzuholen. Deshalb ist auch im Oesterreichischen Rechte die s. g. restitutorische Klage quod metus causa ganz hinweggefallen, weil man eben davon ausging, daß dem Gezwungenen schon durch den Rechtssatz, daß die erzwungene Tradion eine nichtige sei, hinlänglich geholfen sei. [1])

Das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen erklärt den durch compulsive Gewalt herbeigeführten Vertrag nur für **anfechtbar**. Denn es bestimmt im § 831:

> „Wer durch widerrechtlich erregte gegründete Furcht zu Eingehung eines Vertrages genöthigt worden ist, kann bei dem Vertrage stehen bleiben, oder denselben anfechten."

und verordnet weiterhin:

§ 850. „Was in Folge eines nichtigen oder in Folge Anfechtung aufgehobenen Vertrages geleistet worden ist, können die vertragsschließenden Theile von einander zurückfordern. Die Rückforderung von einem Dritten findet... bei einem wegen Furcht oder Betruges angefochtenen Vertrage dann statt, wenn der Dritte zur Zeit der Erwerbung der Sache in unredlichem Glauben gestanden hat, vorbehaltlich der Vorschrift in § 778." [2])

c. Einer verschiedenen Beurtheilung unterliegen die Fälle des **Irrthums** bei der Tradition. — Es kommt hier allein darauf an:

ob durch den Irrthum die bei der Tradition erforderliche **Willensübereinstimmung ausgeschlossen** ist.

Dies ist unzweifelhaft der Fall:

aa. wenn ein Irrthum über den **Gegenstand** der Tradition obwaltete.

> Vergl. Paul. l. 2 § 6 D. pro emt. (41, 4): Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capturum: quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest...
>
> Ulp. l. 34 pr. D. de acq. poss. (41, 2): Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum; et in Cornelianum iero, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quando autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, du-

---

1) **Unger** II S. 48 Note 16.

2) Hiermit stimmt auch überein der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das K. Bayern Th. I Art. 20... „Die unter dem Einflusse des Zwanges gemachte Leistung kann von dem Empfänger zurückgefordert werden; eine in Folge des Zwanges geleistete Sache kann auch von dem dritten Besitzer, wenn dieser von dem Zwange Kenntniß hatte, abverlangt werden..."

Digitized by Google

bitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. [1])

bb. Desgleichen bei einem Irrthume über die Person des Empfängers[2]) unter der Voraussetzung des § 76 Tit. 4 Th. I. des Allgem. Landrechts. [3])

Vergl. Ulp. l. 52 § 21 D. de furt. (47, 2): Quum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subjecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti, furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit. Sed et Titius furti tenebitur.

Wächter, Handbuch des Württ. Privatr. II S. 746 Note 8: Ist der Vertrag ein Veräußerungsgeschäft und wird er von dem in der Person Irrenden vollzogen: so geht hier das Eigenthum des Gezahlten auf den Empfänger nicht über, weil jener auf ihn kein Eigenthum übertragen wollte. Savigny III S. 271.

v. Scheurl a. a. O. S. 214: A. hält den B., mit dem er über eine Waare einen Kaufvertrag eingeht, und dem er sie einhändigt, irriger Weise für einen bestimmten Geschäftsfreund C. Hier kann man durchaus nicht behaupten, sein Wille, dem C. die Waare käuflich abzulassen, enthalte zugleich den Willen in sich, sie an B. abzulassen. Er würde zwar unter den gewöhnlichen Umständen bei Entdeckung des Irrthums sich leicht beruhigen und die Tradition an B. nachträglich stillschweigend genehmigen. Wenn aber B. fallirte, ehe er von ihm Bezahlung erhalten hätte, so würde A. nicht verfehlen, sein Eigenthumsrecht an der Waare und die Nichtigkeit der an B. erfolgten Tradition geltend zu machen, und kein verständiger Richter würde seine Vindication abweisen.

Nicht so zweifellos ist der Fall,

cc. wenn der Irrthum die causa traditionis betrifft.

Von besonderer Wichtigkeit ist in dieser Beziehung der Fall, welcher die Voraussetzungen der condictio indebiti enthält. Nach römischem Rechte gewährt freilich gerade dieser keine Schwierigkeit, da schon die Zulassung der condictio den Eigenthumsübergang erweist. [4])

---

1) Ueber diese Stelle und ihren Widerspruch mit l. 18 § 1 eod. vergl. v. Scheurl a. a. O. S. 203 f.

2) Die in dieser Beziehung bei der Tradition an Stellvertreter vorkommenden Fälle sollen weiter unten erörtert werden.

3) „Ein Gleiches gilt (nämlich der Irrthum macht die Willenserklärung ungültig) von einem Irrthume in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde."

4) Muelleri addit. ad Struv. syntagm. jur. civ. Exerc. XVI th. 15 not. β.

Digitized by Google

Donell. com. de jure civ. Lib. XIV cap. XVI init.: Constituta est ex sua causa indebiti soluti repetitio. Deinceps, quae hujus repetitionis nomine actio sit, cognoscamus: utrumve actio in rem, an in personam, et si in personam, unde et cujus generis obligatio sit, quae hanc actionem pariat. Et ante omnia hoc statuamus dum ab eo, qui accepit, furtum absit, nullam indebiti repetendi nomine actionem in rem esse ei, qui solvit, quasi is re soluta etiam nunc soluti dominus manserit. Nam qui solvit per errorem, dum in hoc errore hoc animo est, ut rem suam transferat in accipientem, tradendo transfert, transferendo dominus esse desinit. Quo facto, eadem opera actionem in rem, si quam prius habuit, omittit, ut quae non alii competat jure civili, quam domino. Restat igitur, ut si qua hîc actio est, sit in personam, quando non plura genera sunt actionum, quam haec duo: in rem et in personam. Est omnino hîc actio in personam condictio indebiti videlicet hoc nomine constistuta... Atque haec ipsa hîc constituta, hoc ipso etiam vindicationem excludit l. 53 D. h. t. Effectus hic est, ut si is, qui indebitum solvit, non possit suum consequi ab eo, qui accepit, aut heredibus ejus, quia forte solvendo non sint, res soluta illi perierit, ut quamvis extet et reperiatur apud alios possessores, non possit tamen ab his persequi: quia non sit ei actio adversus eos, cum quibus nihil negotii gessit, nisi in rem: hanc autem actionem de indebite soluto competere negemus...

Berger, oecon. jur. Lib. III tit. VI th. 7 N. 3: Solutione indebiti dominium transferri, indeque solutum vindicari non posse l. 53 de cond. ind. Regula: quoties in ipsa re, ejusdemque solutione, est erratum, toties error impedit dominii translationem l. 35 de acq. r. d. quoties autem in causa solvendi, ut in indebiti solutione, toties non impedit, arg. l. 72 § 6 de cond. et dem.

Nota I. Absurdum est, manere creditorem dominum, ac eum habere condictionem: qui enim condicit rem, ille hoc ipso petit, ut sibi detur, h. e. dominium transferatur l. 75 § f. de V. O.

Bähr a. a. O. S. 14: Auf der Annahme, daß der Mangel des vorausgesetzten Grundes der Tradition diese nicht unwirksam mache, beruht der größte Theil der Condictionenlehre. Selbst auf den Grund gesetzlich mißbilligter Geschäfte überträgt die Tradition das Eigenthum, wie die Lehre von der condictio ob turpem vel injustam causam ausweist.

Dernburg a. a. O. S. 2, 3: In den einzelnen Fällen, welche unsere Rechtsquellen behandeln, geben sie, falls die Absicht des Gebers bei der Tradition nicht erreicht ist, nicht etwa eine Eigenthumsklage zur Rückerlangung der weggegebenen Sache, sie räumen gegen die Person, welcher tradirt wurde, nur eine condictio ein. Die condictio aber setzt zu ihrem Zustandekommen voraus, daß das Eigenthum vom Geber auf den Empfänger übergegangen sei.. Die condictio zeigt demnach gerade, daß trotz des Mangels der causa Eigenthum durch die Tradition auf die Person, der tradirt wurde, überging, sie wird deswegen gegeben, weil ihr Vermögen durch den Eigenthumsübergang vergrößert ist.

Digitized by Google

Glück, Comment. B. 13, S. 111, 112: Einige halten die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer für zuläßig, weil derjenige, welcher etwas indebite gibt, solches aus Irrthum thut, dieser Irrthum sei causam dans und mache, daß die Uebertragung des Eigenthums für nicht geschehen zu achten sei. Allein daß der Irrthum die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, lehrt l. 36 de acq. rer. dom. Sodann beweist ja auch schon die Natur der Condiction, welche vom Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer angestellt wird, daß das Eigenthum der indebite gegebenen Sache auf den Empfänger übergehe. Dieser konnte daher die Sache auch veräußern. [1]) Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß der Empfänger in bona fide war. Sonst wird er als Dieb behandelt und die condictio furtiva gegen ihn gestattet, mit welcher die rei vindicatio concurrirt l. 7 § 1 de cond. furt.

C. Christiansen, Zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti (Kiel 1844) S. 64 f.: ... Trotz des Irrthums, welcher einen dauernd wirksamen Willen (eine justa causa habendi) ausschließt, ist die solutio dennoch im Stande, einen juristischen Uebergang des geleisteten Objects in das Recht des bona fide Empfängers zu bewirken. Denn ein den Willensinhalt betreffender Irrthum schließt nur, soweit er reicht, den Willen aus. Hat nun im einzelnen Falle der nicht mit dem Fehler des Irrthums behaftete Inhalt einer Willenserklärung eine selbständige, von den übrigen Bestandtheilen trennbare, Bedeutung, so hindert nichts, jenen als wirksam anzuerkennen.... Bei der indebiti solutio lassen sich sehr wohl der Wille, „das geleistete Object ins Vermögen des Empfängers zu übertragen" und der Wille, „durch diese Leistung eine juristische Schuld zu tilgen" unterscheiden. In jenem ersten Bestandtheile meiner Willenserklärung habe ich nicht geirrt, denn ich wollte dieses Object an diese Person veräußern; also diese Wirkung tritt ein. Der für die juristische Auffassung unzertrennliche Zusammenhang zwischen diesem Inhalt des Willens und der irrthümlich angenommenen juristischen causa äußert sich erst nach geschehener Leistung; denn dann erst entsteht die Frage, ob dieselbe den beabsichtigten juristischen Zweck erfüllen könne. Da Letzteres, wo keine juristische Schuld vorlag, unmöglich und in dem Willen des Leistenden dieser Zweck von der Leistung selbst nicht zu trennen ist, so behauptet er mit Recht, daß das geleistete Object, wenngleich mit seinem Willen auf den Empfänger übergegangen, dennoch ohne seinen Willen sich dort befinde.

Herm. Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (Halle 1859) S. 67: Der Irrthum, daß man etwas schulde, ist die Veranlassung, daß man ein Object, welches die Bestimmung hat, die Schuld zu

1) Duaren. com. XII 6 cap. 11. Donell. com. lib. XIV cap. 16. Huber Praelect. h. t. § 2. Faber Rationalia ad C. 7 § 3 com. div. Lauterbach colleg. h. t. § 23.

Dies nehmen auch die Naturrechtslehrer an. Vergl. Christ. de Wolff, inst. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 693... Cum indebite solvens indebitum det tanquam debitum, dominium rei in alterum transfert, consequenter qui eam accepit alienare potest, ac ideo qui dedit eam vindicare nequit.

Digitized by Google

tilgen, dem vermeintlichen Gläubiger abtritt. Der Wille zu leisten wird durch den Irrthum hervorgerufen, hat dann aber eine selbstständige Existenz, und muß deshalb auch in Wirksamkeit treten. Der Umstand aber, daß keine Schuld existirt, verhindert, daß die Leistung den beabsichtigten Charakter erhalte, und da deshalb der factische Zustand dem eigentlichen Willen des Leistenden nicht entspricht, so läßt die aequitas eine Berufung auf diesen, als auf den Rechtsgrund der Leistung nicht zu, weshalb letztere als grundlos der Rückforderung unterliegt.

Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden vom 7. Juni 1853: Eine Eigenthumsübertragung (Tradition) wird dadurch nicht ungültig, daß sie aus Irrthum geschehen ist und nach dem ihr zum Grunde liegenden Vertrage der Uebergebende zur Uebergabe überhaupt oder theilweise nicht verpflichtet war, aber irrthümlich dennoch übergeben und hiernach eine Nichtschuld bezahlt hat, indem in diesem Falle zwar die Rückforderung der trabirten Sache gestattet ist, jedoch nicht mit der Klage aus dem Eigenthum, das bei dem Uebergebenden nicht geblieben ist, sondern mit einer persönlichen, auf den Irrthum bei der Uebergabe gestützten Klage, also mit einer Condiction (l. 19 § 2, 3, l. 22, 26 § 4, 5. l. 37 de cond, indeb.).

Seuffert, Archiv X Nr. 231.

Die vorstehenden, nach römischem Recht unzweifelhaft geltenden Grundsätze stehen mit den allgemeinen Prinzipien des Rechts wie der Billigkeit in so vollkommenem Einklange, daß es uns befremden müßte, eine Abweichung davon in unserem Landrechte zu finden. Eine solche Abweichung läßt sich aber auch in der That nicht nachweisen. Sehr gut hat dies gezeigt Roloff in seiner Abhandlung: „Ueber den Erwerb des Eigenthums durch Uebergabe (Tradition) nach dem allgem. Landrecht." (Juristische Wochenschrift für die Preuß. Staaten XII (1846) Sp. 377 f. 394 f. 410 f.) Er kämpft hier gegen die Ansicht an, daß nach den Vorschriften des allgem. Landrechts über die mittelbare Erwerbung des Eigenthums die bloße Tradition einer Sache, verbunden mit der gegenseitigen Absicht, das Eigenthum aufzugeben und zu erwerben, noch keineswegs genüge, um den wirklichen Uebergang des Eigenthums zu bewirken, daß vielmehr letzterer an das Vorhandensein einer mit allen Erfordernissen einer obligatio civilis versehenen Forderung als Titel oder causa praecedens geknüpft sei und jeder dieser Forderung anklebende Mangel den Uebergang des Eigenthums auch bei gänzlich fehlerfreier Tradition verhindere und sucht seinerseits darzuthun, daß jenes Erforderniß des Titels in unserem Landrechte bloß als doctrinärer Lehrsatz aufgestellt, aber nicht praktisch durchgeführt sei. Zu diesem Zwecke wird ausgeführt:

In Folge der unnatürlichen Vermengung des Sachen- und Obligationenrechts lasse uns das Gesetzbuch über die eigentlichen wesentlichen Erfordernisse des Eigenthumserwerbs durch Tradition völlig im Unklaren.

Digitized by Google

Namentlich fehle es gänzlich an ausdrücklichen Bestimmungen darüber, inwiefern zur Eigenthumsübertragung die fehlerfreie Tradition allein hinreiche, oder der gänzliche Mangel oder die Fehlerhaftigkeit des Titels den Uebergang des Eigenthums hindere. Es sei deshalb auf die Natur der Sache und die im Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätze zurückzugehen. Hiernach stelle sich aber die Uebertragung des Besitzes einer Sache, verbunden mit der erklärten Absicht des Gebers und Empfängers, das Eigenthum daran aufzugeben, resp. zu erwerben, als ein völlig selbstständiges Rechtsgeschäft dar, dessen Motive keinen Einfluß auf seine Wirksamkeit äußern können. Im Einklange hiermit ständen auch die Vorschriften des Landrechts über den Erwerb derelinquirter Sachen, insbesondere aber auch die über die Verfolgung des Eigenthums. Aus letzteren folge:

a. daß die rei vindicatio niemals stattfinde, wenn auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder sonstigen obligatorischen Verhältnisses das Gewähren oder Zurückgewähren des Eigenthums einer Sache verlangt werde, da dann nicht eine actio in rem, sondern in personam vorliege;

b. daß derjenige, welchem gegen den vollständigen Besitzer der Sache die rei vindicatio vom Gesetz nicht gestattet werde, auch im gesetzlichen Sinne nicht als Eigenthümer der Sache anzusehen sei.

Außerdem kämen hierbei noch die auf deutsch-rechtlicher Ansicht beruhenden, durch die Sicherheit des Verkehrs gebotenen Beschränkungen der Vindication in Betracht ꝛc.

In neuerer Zeit ist Dr. Baron (in seiner angeführten Abhandlung S. 98 f.) diesen Ausführungen entgegengetreten. Nachdem er im Vorhergehenden die Bedeutung des Ausdruckes „Willenserklärung" im § 2 d. T. erörtert, sagt er in Betreff des fraglichen Falles der indebiti solutio:

Existirt das Gesetz, das richterliche Urtheil, die Willenserklärung überhaupt nicht, so fehlt das eine zum Eigenthumsübergang wesentliche Erforderniß; die Tradition wirkt also keinen Eigenthumserwerb auf Seiten des Empfängers. Dies erhellt auch daraus, daß die Tradition offenbar in einem Irrthum vorgenommen ist, und zwar in einem solchen, der auf Grund des § 150 A. L. R. I. 4. geschützt wird, und die Nichtigkeit der Tradition erzeugt; denn bei einer Tradition erwirbt stets nur der Empfänger Rechte, und wenn vielleicht im concreten Falle die Tradition in Folge eines von beiden Seiten vorausgesetzten, in Wahrheit aber nicht existirenden Kaufvertrages geschehen wäre, und der Empfänger gleichzeitig an den Tradenten den vermeintlichen Kaufpreis gezahlt hätte, so hätte dennoch der Tradent der Sache nicht durch die Tradition, sondern durch die Zahlung den Kaufpreis erworben, die Anwendung des § 150 cit. bleibt also auch in diesem Falle unzweifelhaft.

Das hier behauptete Princip wird durch die Vorschriften des A. L. R. im Tit. 16 über die Rückforderung von irrthümlich geleisteten Zahlungen

Digitized by Google

bestätigt... Das Pr. R. scheidet (gleich dem römischen) den unredlichen vom redlichen Empfänger, dies jedoch nur hinsichtlich ihrer Verpflichtungen, und nicht hinsichtlich des Eigenthumserwerbs. Diesen Eigenthumserwerb aber läuguet das A. L. R. bei beiden; es bezeichnet den unredlichen resp. redlichen Empfänger einer Nichtschuld geradezu als unredlichen resp. redlichen Besitzer. (Dies wird aus den §§ 189, 190 a. a. O. in Verbindung mit den Materialien näher darzulegen gesucht.)

Diese Darstellung möchte aber schwerlich befriedigen, da sie den überzeugenden Beweis der entschieden aufgestellten Behauptung vermissen läßt, daß das A. L. R. in den angezogenen §§ 189, 190 die Eigenthumsfrage behandelt und den Eigenthumserwerb sowohl dem redlichen als dem unredlichen Empfänger der in Erfüllung einer irrig vorausgesetzten Verbindlichkeit zum Eigenthum hingegebenen Sache abspricht. Dieser Satz ist nicht als richtig zuzugeben. Die an die Lehre „von der Zahlung" angeknüpften Vorschriften unseres Landrechts „von der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung" gehören ihrer Natur nach ausschließlich dem Obligationsgebiete an, und haben es daher nur mit dem durch den Empfang des irrthümlich Geleisteten zwischen dem Geber und Nehmer (quasi ex contractu) entstandenen Rechtsverhältnisse zu thun. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich aber dem vom Gesetz dem Irrenden eingeräumten Rückforderungsrechte keine andere Natur als die eines obligatorischen Anspruches beilegen — darauf gerichtet, daß das ohne Grund aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers Uebergegangene von dem Letzteren dem Ersteren zurückgegeben oder erstattet, also durch diese Restitution die in Wirklichkeit Seitens des Gebers eingetretene Vermögensverringerung wieder ausgeglichen werde. Wenn nun das A. L. R. in den §§ 189, 190, 193 — 195 a. a. O., in Unterscheidung zwischen dem redlichen und dem unredlichen Empfänger, den Umfang dieser Restitutionspflicht näher bestimmt und in den zuerst gedachten beiden §§ den Grundsatz an die Spitze stellt:

§ 189. „Wer eine Sache, die er nicht zu fordern hat, und sich dessen bewußt ist, als Zahlung oder sonst als Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, haftet für das Empfangene als ein unredlicher Besitzer."

§ 190. „Wer selbst im Irrthume war, ist als ein redlicher Besitzer anzusehen."

so ist hierin nichts weiter als ein Maßstab für die persönliche Verpflichtung des Empfängers, keinesweges aber die Bestimmung zu

Digitized by Google

finden, daß der Empfänger eben nur „Besitzer" — und nicht Eigenthümer geworden ist.

Wir haben hier natürlich immer nur den redlichen Empfänger im Auge; denn daß der unredliche das Eigenthum des Gegebenen nicht erwerben kann, ist auch nach römischem Recht außer Zweifel.[1])

Ebenso steht aber auch der § 190 mit dem römischen Rechte durchaus im Einklang, da auch dieses bei der Bestimmung des Umfanges der Leistungspflicht die bona fides des Empfängers berücksichtigt wissen will.[2])

Aber nicht genug, daß die von Baron für seine Ansicht angeführten landrechtlichen Vorschriften nicht beweisend sind, so lassen sich ihnen andere entgegenstellen, welche der Vindicationsnatur der Rückforderungsklage geradezu widersprechen. Es ist dies zunächst der § 192 a. a. O., welcher bestimmt:

> „Wer von mehreren Sachen nur die eine oder die andere zu geben schuldig ist, und aus Irrthum sie alle gegeben hat, muß bei der Zurückforderung dem Empfänger die Wahl lassen."

Wie ließe sich hier eine Vindication denken, wenn die Wahl des Besitzers darüber entscheidet, welche Sache er behalten und welche er zurückgeben wolle! Eine alternative Vindication gibt es nicht.

Ferner verordnet der § 198:

> „Wenn derjenige, welchem die Zahlung geschehen ist, selbige nicht für

---

1) Scaevola l. 18 D. de condict. furt. (13, 1):.. furtum fit, quum quis indebitos nummos sciens acceperit.

Ulp. l. 43 pr. D. de furt. (47, 2): Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec nummi ejus fient.

Pompon. l. 44 § 1 eod.: Si rem meam quasi tuam tibi tradidero, scienti meam esse, magis est furtum te facere, si lucrandi animo id feceris.

v. Bangerow Pand. III S. 373—378.
Heimbach in Weiske's Rechtslexicon II S. 894.

2) Paul. l. 15 pr. D. de condict. ind. (12, 6): Indebiti soluti condictio naturalis est; et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem, utputa partus, qui ex ancilla natus est, vel quod alluvione accessit, imo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem venient.

Id. l. 65 § 5 eod.: Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet, deducta impensa.

Heimbach a. a. O. S. 893, 894.

Digitized by Google

sich selbst, sondern bloß für einen Dritten angenommen hat: so findet die Rückforderung nur gegen den Dritten Statt; es wäre denn, daß der Empfänger betrüglich verfahren, oder die Gränzen seines Auftrages überschritten hätte."

Auch diese Vorschrift wäre vom Standpunkte der Vindication aus nicht zu erklären, da nach § 1 Tit. 15 Th. I A. L. R. der wahre Eigenthümer das Recht hat, „seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist, oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern."

Die hier vertheidigte Ansicht in Betreff des Ueberganges des Eigenthums bei der solutio indebiti hat auch in neueren Gesetzgebungen Geltung erlangt.

In Ansehung des bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen wird auf den oben S. 426 angeführten § 254 und die Motive zu § 264 des Entwurfes Bezug genommen.

Das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch stellt die „Rückforderung aus bezahlter Nichtschuld" unter die „Forderungen aus ungehöriger Bereicherung auf Erstattung" und bestimmt insbesondere:

§ 1219. „Als Zahlung ist zu betrachten jede Art von Vermögensleistung des irrthümlichen Schuldners an den vermeintlichen Gläubiger."[1])

§ 1224. „Die Klage geht nur gegen den Empfänger der Nichtschuld, nicht auch gegen dritte Personen, welchen die Zahlung zu gute kommt..."

§ 1225. „... Hat der Empfänger die erhaltene Sache veräußert, so haftet er für den Werth derselben..."

Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das K. Bayern (München 1861) behandelt Theil II Buch II Hauptst. 24 die „Rückforderung wegen irrthümlicher Voraussetzung einer Verbindlichkeit" unter den „Verbindlichkeiten aus unberechtigter Bereicherung" und stellt hier den allgemeinen Grundsatz an die Spitze:

Art. 902. „Ist Jemand auf Kosten des Vermögens eines Anderen eine Bereicherung zugekommen, welche eines Rechtsgrundes ermangelt, so findet ... gegen den Empfänger eine Rückforderung statt.

Unter der Bereicherung ist nicht nur die Uebertragung von Eigenthum oder anderen Rechten, sondern auch ꝛc... zu verstehen."

---

1) Bluntschli bemerkt in seinen Erläuterungen III S. 232 dazu:

Diese Vermögensleistung kann in den mannigfaltigsten Formen geschehen, z. B. als Geldzahlung, als Uebergabe einer individuellen Sache zu Eigenthum oder zu Besitz...

Digitized by Google

Diesemgemäß ist weiterhin bestimmt:

Art. 914. „Der Empfänger der irrthümlich geleisteten Zahlung ist schuldig, den empfangenen Vermögensvortheil dem Geber zurückzuerstatten."

Art. 916. „War das Eigenthum einer nicht vertretbaren Sache übertragen, so hat der Empfänger die Sache mit deren Zuwachs und Zubehörungen an den Geber zurückzuübertragen und die aus derselben gezogenen Früchte herauszugeben."

Dem bisher erörterten Falle — der Zahlung in irriger Voraussetzung einer Verbindlichkeit — steht ein anderer, viel besprochener sehr nahe, der eben deshalb hier nur kurz berührt werden mag, nämlich der Fall, wenn der Geber und der Empfänger eine verschiedene causa traditionis im Sinne haben.[1]) Ein Rechtsgeschäft ist hier natürlich nicht zu Stande gekommen. Allein wenn eine Willensübereinstimmung darüber obwaltete, daß die Sache als Eigenthum hingegeben und empfangen wurde, so liegt offenbar ganz dieselbe Voraussetzung, wie in dem vorigen Falle vor. Es läßt sich daher der Eigenthumsübergang nicht läugnen.

Julian. l. 36 D. de acq. dom. (41, 1): Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundam tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. [2])

---

1) Vergl. Vinnii Select. jur. quaest. Lib. II cap. 35: An dissensio in causis dandi et accipiendi impediat dominii translationem?
Schilter, Exercit. ad Pand. XXII § 37 sq.
Glück, Com. VIII. S. 113 f.
Böcking, Pand. des röm. Privatr. § 153 Nachtrag B. II S. 162 f.
v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. R. S. 191 ff.
Dernburg im Arch. für die civ. Prax. B. 40 S. 1 ff.

2) Vergl. Ulp. l. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias Julianus scribit, donationem non esse, sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit.
Pagenstecher, Pandekten-Praktikum (Heidelberg 1860) S. 193, 194: Der Eigenthumsvertrag (traditionis justa causa) ist genügend vorhanden als consensus dominii transferendi et acquirendi, sollten gleich Mißverständnisse über den geschäftlichen Grund und Zweck dieses Konsenses zwischen den Parteien so stark obwalten, daß alle geschäftliche Grundlage dem dennoch wirklichen und dinglich wirksamen Konsense fehlt. Z. B. ich „schenke," du empfängst das Geschenk als ein „Darlehen." Da ein Schenker Eigenthum geben, ein Darlehnsempfänger Eigenthum erwerben will, so ist der Konsens gewahrt und verschafft die Tradition Eigenthum, trotz des dissensus in causis l. 36 a. r. d.; freilich existirt weder eine Schenkung noch ein Darlehen: somit lukrirt der Geldempfänger die Summe nicht, sondern es erwächst dem Geber die sine causa condictio, deren Maaß aber mittelst doli exceptio

Digitized by Google

Es macht sich auch hier der natürliche Rechtssatz geltend:

> Nihil tam conveniens est, naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi (§ 40 J. de rer. div. 2, 1 und Gaj. l. 9 § 3 de acq. rer. dom. 41, 1).

So bestimmt auch das bürgerliche Gesetzbuch für das K. Sachsen ausdrücklich:

> § 256. „Irrthum über die Art des Geschäftes hindert den Uebergang des Eigenthumes nicht, wenn Uebereinstimmung darüber vorhanden ist, daß Eigenthum übergehen soll." [1])

Den vorstehenden Erörterungen über den Einfluß des Irrthums rücksichtlich der causa traditionis ist nur noch die Bemerkung beizufügen, daß in allen Fällen, wo ein solcher Irrthum durch Betrug (s. g. dolus causam dans [2]) herbeigeführt worden, nach den Grundsätzen unseres Landrechts der Eigenthumserwerb gehindert ist. [3])

Man muß aber weiter gehen und den bereits oben S. 435 unter Hinweisung auf das römische Recht berührten, allgemeinen Satz aufstellen:

> daß der unredliche Empfänger einer aus Irrthum indebite gegebenen Sache niemals Eigenthümer derselben werden kann, gleichviel, ob er selbst den Irrthum veranlaßt oder nur zu seinem Vortheile benutzt hat.

Die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen unseres Ober-Tribunals hat jedoch in einem Erkenntnisse vom 5. Februar 1859 die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen.

Der Fall war folgender: die Ehefrau L. hatte an den Drahtzieher B. 4 Thlr. in dem irrigen Glauben gezahlt, daß sie beim Handel

---

auf das nicht bereits verzehrte Geld sich beschränkt, da das Verzehren jedenfalls gemäß dem Willen des „Schenkers" geschah l. 18 pr. r. c. Aber eine condictio ist keine vindicatio; jener Geber ist also weder gegen dritte Besitzer klageberechtigt, noch steht ihm ein Separationsrecht im Konkurse des Empfängers ex jure dominii zu.

1) Die Motive S. 659 bemerken zu dem entsprechenden § 267 des Entwurfes: Dieser § beziehe sich insbesondere auf den Fall, wo der Eine in der Absicht zu schenken übergibt, der Andere in dem Glauben, ein Darlehn zu erhalten, annimmt. In diesem Falle treffe die Absicht beider Interessenten darin zusammen, daß Eigenthum übertragen und erworben werden soll; es hindere also der Irrthum über die Art des Rechtsgeschäftes, in Folge dessen die Tradition erfolgt, den Uebergang des Eigenthums nicht. Vergl. auch die oben S. 426 angeführten Motive.

2) Vergl. Wächter, Handb. des Württ. Privatr. II S. 758 Note 6.

3) Es kann in dieser Hinsicht auf die Ausführungen Baron's S. 76 ff. verwiesen werden.

Digitized by Google

von diesem aus Versehen, statt eines Einthalerscheines, einen Fünfthalerschein empfangen und deshalb ihm 4 Thlr. zurückzuzahlen habe. B. hatte dieses Geld, wiewohl er wußte, daß es ihm nicht zukam, angenommen und demnächst verbraucht. In Folge dessen der Unterschlagung angeklagt, wurde er in zwei Instanzen dieses Vergehens für schuldig erklärt, von dem Ober-Tribunal dagegen durch das oben gedachte Erkenntniß von der Anklage freigesprochen. Diese Entscheidung beruht — was die uns hier allein interessirende Eigenthumsfrage betrifft — auf der Erwägung:

„daß, wenn nach den thatsächlichen Feststellungen der Instanzrichter eine von der verehelichten L. an den Angeklagten geleistete Zahlung vorliegt, es in Bezug auf sie keinem Bedenken unterworfen sein kann, daß durch dieselbe die fraglichen 4 Thlr. in das Eigenthum des Angeklagten übergegangen sind, da die Uebergabe der dem Angeklagten behändigten Geldstücke Seitens der verehelichten L. mit der Absicht zu zahlen, also das Eigenthum der Geldstücke auf den Angeklagten zu übertragen, stattgefunden hat;

daß diese Eigenthumsübertragung ohne Rücksicht darauf erfolgt ist, ob der Angeklagte, der sie annahm, gewußt, daß er die an ihn von der verehelichten L. geleistete Zahlung nicht zu fordern habe, oder ob er sich hierüber gleichfalls im Irrthume befunden und angenommen hat, daß ihm die Zahlung gebühre;

daß daher der Umstand, daß von den Instanz-Richtern festgestellt ist, daß der Angeklagte gewußt, daß er die Zahlung der fraglichen 4 Thlr. von der L. nicht zu fordern habe, daß mithin von ihm wissentlich die Zahlung einer Nichtschuld angenommen worden, nicht daran hat hindern können, daß die an ihn gezahlten Geldstücke in sein Eigenthum übergegangen sind;

daß es nun zwar unbedenklich ist, daß die verehelichte L. durch die ihrer Seits geschehene Zahlung einer Nichtschuld das Recht erworben hat, von dem Angeklagten die gezahlte Summe von 4 Thlrn. zurückzufordern, und daß der Angeklagte für diese Zurückzahlung ganz so verhaftet ist, als wenn ihm die 4 Thlr. von der verehelichten L. dargeliehen worden (§§ 179. 180. Tit. 16 Thl. I des A. L. R.);

daß sich jedoch dieses durch die Gesetze begründete Rückforderungsrecht der L. nicht so auffassen läßt, als beruhe dasselbe darauf, daß der Angeklagte das an ihn gezahlte Geld, als eine fremde bewegliche Sache, mit der Verpflichtung erlangt habe, selbiges wieder zurückzugeben;

daß vielmehr, da die empfangenen Geldstücke dergestalt in sein Eigenthum übergegangen sind, daß er volle Befugniß zu deren Verbrauche gehabt hat, die Verpflichtung des Angeklagten nur darin besteht, das ihm übergebene Geld in gleicher Qualität und Quantität wieder zu erstatten, und daß das dieser Verpflichtung correspondirende Recht der verehelichten L. kein anderes, als ein bloßes auf die Wiedererstattung des gezahlten Geldes in gleicher Qualität und Quantität gerichtetes Forderungsrecht

Digitized by Google

ist; daß aus der vorstehenden Auseinandersetzung sich von selbst ergibt, daß, so wenig hier in Bezug auf die fraglichen von der L. an den Angeklagten gezahlten 4 Thlr. die Rede davon sein kann, daß der Angeklagte den Besitz oder die Gewahrsam einer fremden beweglichen Sache mit der Verpflichtung, sie zurückzugeben, erlangt gehabt, sich eben so wenig demselben ein Vorwurf daraus machen läßt, daß von ihm, wie von den Instanzrichtern gleichfalls festgestellt ist, jene 4 Thlr. bis auf 1 Thlr. verbraucht worden, da er als Eigenthümer, zu diesem Verbrauche vollkommen befugt war und er daher durch denselben auch Niemanden benachtheiligt haben kann..."

Entscheid. B. 40 S. 54* ff.

Von der strafrechtlichen Seite [1]) haben wir hier völlig abzusehen und nur die civilrechtliche Wirkung der irrig geleisteten, jedoch im Bewußtsein von der Nichtexistenz der Schuld angenommenen Zahlung ins Auge zu fassen.

Gerade in dieser Hinsicht geben aber die Ausführungen des Ober-Tribunals zu den erheblichsten Bedenken Veranlassung. Dasselbe nimmt nicht etwa an, daß der Angeklagte erst durch den Verbrauch des ihm irrig gezahlten Geldes sich dasselbe zu eigen gemacht und damit die Verpflichtung zur Wiedererstattung in gleicher Quantität und Qualität überkommen habe, sondern es will ihn schon mit dem Augenblicke der Empfangnahme als Eigenthümer des Geldes und sonach als zu dessen Verbrauche vollkommen befugt erachtet wissen. — Wenn also die Ehefrau L. sogleich nach der Zahlung ihren Irrthum inne geworden wäre, und in der Tasche des mit Hülfe der Polizei festgehaltenen B. die gezahlten Thalerstücke sich noch kennbar vorgefunden hätten, so würde der L. nach jener Theorie zur Wiedererlangung ihres Eigenthums nicht mehr zu verhelfen gewesen sein; sie hätte die Darlehnsklage anstellen, und am Ende, um den Erfordernissen einer solchen zu genügen, noch eine Kündigung mit vierwöchentlicher Frist vorhergehen lassen müssen; ja wenn die Frau, in gänzlicher Unkenntniß von der Ansicht unseres höchsten Gerichtshofes, sich durch ihren Eifer in Verfolgung ihres vermeintlichen Eigenthums hätte dazu hinreißen lassen, gewaltsamer Weise dem B. das noch vorhandene Geld wieder abzunehmen, so würde sie sich der Gefahr ausgesetzt haben, eines Raubes angeklagt zu werden! — Wir sehen, zu welchen Consequenzen die Ausführung des Ober-Tribunals führt. Dies ist aber das beste Mittel,

1) Dr. Baron in seinen Abhandl. S. 101 Note 58 nimmt in dem mitgetheilten Falle, der Entscheidung des Ob.-Trib. entgegen, Unterschlagung an.

Digitized by Google

uns von deren Unrichtigkeit zu überzeugen. Dabei kommen uns nun die allgemeinen Grundsätze des Landrechts über den Einfluß der mala fides auf den Eigenthumserwerb zu Hülfe.

Der § 35 Tit. 3 Th. I spricht das Grundprinzip aus:

„Aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte."

Daß aber die Benutzung fremden Irrthums zu eigenem Vortheile in dem hier vorausgesetzten Falle im Sinne des Landrechts eine unredliche, also unerlaubte Handlungsweise ist, ergibt die Vorschrift des § 189 Tit. 16:

„Wer eine Sache, die er nicht zu fordern hat, und sich dessen bewußt ist, als Zahlung, oder sonst als Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, haftet für das Empfangene als ein unredlicher Besitzer."

Der § 194 ebendas. enthält sogar für den Fall, daß Jemand eine Geldsumme oder andere verbrauchbare Sache, ungeachtet er gewußt, daß er solche nicht zu fordern habe, als Zahlung annimmt, eine besondere (civilrechtliche) Strafbestimmung, indem er den Empfänger zur Entrichtung des höchsten erlaubten Zinssatzes, vom Tage des Empfanges an, verflichtet. — Wie ließe sich mit diesen Bestimmungen die Annahme des Eigenthumserwerbes Seitens eines solchen unredlichen Empfängers vereinigen. Die Tradition ist ja, wie bereits dargestellt, ein zweiseitiger Akt. Die bloße Willensthätigkeit des Tradenten ist dazu nicht ausreichend; es muß ein entsprechendes Handeln des Erwerbenden hinzukommen. Stellt sich aber die Handlung des Letzteren als eine Unredlichkeit dar, so verliert sie damit von selbst die Eigenschaft einer Erwerbshandlung und gestaltet sich zu einem bloßen Verpflichtungsakte um. Der Wille des Tradenten, Eigenthum zu übertragen (und auf diesen fußt allein jenes Ober-Tribunalsurtheil), bietet dem Empfänger durchaus keine causa zum Eigenthumserwerbe dar, da er den Irrthum des Tradenten — und also die Nichtexistenz einer wirklichen causa — kennt.

Endlich läßt sich der Ansicht des Ober-Tribunals auch noch das Marginal zu den §§ 24 und 25 d. T. entgegenhalten, welches ganz allgemein dahin gefaßt ist:

„Mangel an gutem Glauben hindert die Erlangung des Eigenthums."

Die dazu gehörigen §§ betreffen zwar einen andern, als den hier besprochenen Fall, doch läßt sich wenigstens der § 25, welcher dahin lautet:

„Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher

Digitized by Google

entstandenen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen."

insofern hier in Bezug nehmen, als man sagen kann: wenn das Landrecht, in übermäßiger Ausdehnung seines moralischen Prinzipes, sogar die Nichtberücksichtigung des dem Erwerber bekannten bloß persönlichen Anspruches eines besser berechtigten Dritten als eine dem Eigenthumserwerbe entgegenstehende mala fides behandelt, so folgt daraus um so viel mehr, daß dasselbe die im Widerspruche mit den eigenen, dem Empfänger wohlbekannten Rechten des Tradenten erfolgte Uebergabe unmöglich als einen Erwerbungsakt gelten lassen kann.

Endlich ist noch ein Fall des Irrthums bei der Tradition zu erwähnen, der mehr juristisches als praktisches Interesse bietet, nämlich:

dd. wenn der im eigenen Namen [1]) tradirende wahre Eigenthümer über sein Eigenthum in Unkenntniß sich befindet. [2])

Ihering (in seinen und v. Gerber's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Privatrechts II S. 155 ff.) spricht sich hierüber dahin aus:

> Der Fall, den wir voraussetzen ist der, daß die Absicht der Parteien auf Eigenthumsübertragung gerichtet war. E. (so wird hier der Eigenthümer bezeichnet) verkauft, schenkt, legirt u. s. w. die eigene Sache, ohne diese ihre Eigenschaft zu kennen. Geht Eigenthum über? Für die verneinende Antwort ließe sich anführen, daß es auch hier an dem Willen, Eigenthum zu übertragen, fehle; E. könne nicht die Absicht haben, etwas zu übertragen, was er seiner Meinung nach gar nicht habe. Allein es ist noch eine andere Auffassung möglich, und gerade sie ist vom römischen Recht angenommen und, wie ich glaube, mit gutem Grunde. Man kann nämlich sagen: die Tradition des E. charakterisirt sich vermöge der ausdrücklichen Erklärung oder des unterliegenden Rechtsgeschäfts (der causa traditionis) als eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, die Unbekanntschaft des Tradenten mit seinem Eigenthum aber schließt nicht die Möglichkeit der Willensrichtung auf die abstracte Eigenthumstradition aus, sondern begründet nur den irrigen, und einflußlosen Glauben von der Unwirksamkeit derselben ...
>
> Bei der Tradition ist das wahre Sachverhältniß dadurch etwas verdeckt, daß bei ihr, die sowohl Besitz- als Eigenthumstradition sein kann, die Frage, ob sie das eine oder andere sein soll, ausschließlich auf den

1) Der Fall, wenn Jemand seine eigene Sache, die er für eine fremde hält, als Stellvertreter des vermeintlichen Eigenthümers tradirt, ist weiter unten zu besprechen.

2) In Betreff des bei weitem weniger zweifelhaften Falles, wenn der tradirende Eigenthümer über die causa seines Eigenthums irrt, ist zu verweisen auf Ihering a. a. O. S. 158 ff.

Digitized by Google

Willen des Tradenten gestellt ist, wodurch es den Anschein gewinnt, als ob dieser Wille bei Unkenntniß des Eigenthums nur auf Besitzübertragung gerichtet sein könne. Allein mit Unrecht. Es kömmt darauf an, wofür die Tradition sich objectiv, äußerlich ausgibt. Tradirt ein Verkäufer, so gibt die Tradition sich aus für eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, und ob der Tradent sich der Wirkung des Eigenthumsüberganges bewußt geworden ist oder nicht, ist völlig gleichgültig, den Umständen nach liegt eine Eigenthumstradition vor und, da der Tradent sie vorgenommen, so hat er sie auch gewollt.

Auf Grund dieser Auffassung, die wir kurz dahin formuliren können: der Wille richtet sich auf den abstracten Akt, nicht auf die concrete Wirkung, hat denn das römische Recht die eben aufgeworfene Frage bejaht. Das Eigenthum des Tradenten geht über, auch wenn er es selbst nicht kannte. Geben wir dem Gedanken, der sich darin ausspricht, eine allgemeinere Fassung, so lautet er: beim objectiven Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts ist das subjective Nichtwissen derselben und mithin der Glaube an die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts völlig unschädlich. Wir haben damit die römische Parömie gewonnen: plus est in re, quam in existimatione, d. h. der Nachdruck ruht auf dem objectiven Dasein, nicht auf dem subjectiven Glauben.

Anwendungen jener Regel bald mit, bald ohne Namhaftmachung derselben kommen verschiedentlich in den Quellen vor, und so namentlich auch für die Tradition. Der Glaube an die Wirksamkeit der Tradition kann sowohl auf Seiten des Tradenten, als des Empfängers fehlen. Beides ist einflußlos. Rücksichtlich des Empfängers sagt dies ausdrücklich die l. 9 § 4 de jur. et fact. ign. (22, 6)[1] .. rücksichtlich des Tradenten folgt dies aus der Analogie des Legats und der Freilassung.[2]

Es bleibt jetzt noch

d. der Fall zu berühren, wenn die Mangelhaftigkeit der causa traditionis in der materiellen oder formellen Ungültigkeit des der Tradition zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes beruht. Nach den oben angedeuteten Grundsätzen des römischen Rechts ist der Eigenthumsübergang in diesem Falle nicht zu bezweifeln.[3]

---

1) Qui ignoravit dominum esse venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

2) § 11 J. de leg. (2, 20): Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum, nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione.

l. 4 § 1 de man. vind. (40, 2): Quoties dominus servum manumittat, quamvis existimat alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum ... Idemque juris est et si dominus et servus in errore essent, ut neque ille se dominum, neque hic se servum ejus putaret.

3) Sehr scharf gegen jeden Zweifel hierüber spricht sich aus: Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts II § 153 Note: „Die subjective Fähigkeit, die auch hier in Betracht kommt, vorausgesetzt, kann übrigens das mit jenem

Digitized by Google

Goddaeus, de contrah. stipul. c. 3 n. 156: Quoties res ex contractu irrito ac ipso jure nullo datur et accipitur utrinque hoc animo, ut hac traditione dominium ad accipientem transeat, utique dominium transfertur, non quidem ex illo contractu nullo et irrito, sed ex illa traditione, cui hic animus adminiculatur.[1])

Struve, synt. jur. civ. Exerc. VIII th. 30: ... Licet obligatio ob deficientem bonam fidem sit nulla, dominium tamen transfertur per traditionem, modo adsit voluntas id transferendi ex justa s. jure probata causa, quamvis putativa et erronea fuerit.

Es folgt dies von selbst aus dem Satze, daß die causa traditionis in dem erkennbar gemachten Willen Eigenthum zu geben und zu empfangen, besteht, und daß das Motiv dieses Willens hierbei ohne Einfluß ist.[2])

Bestandtheil (justa traditionis causa) versehene Geschäft selbst ein strafbares sein und doch Eigenthumsübergang bewirken: nur dem zum Denken Unfähigen oder darin Ungeübten kann es Schwierigkeit machen zu begreifen, daß eine Absicht und deren Ausführung an sich rechtlich vollkommen zulässig und wirksam sein kann, während der durch die Bethätigung jenes Willens zu erzielende Zweck selbst ein Verbrechen ist; zu meinen, daß ein verbotenes und in Folge dessen nichtiges Rechtsgeschäft „als juristisch gar nicht existent zu betrachten und zu behandeln ist," wäre eine prächtige, nicht bloß gegen Strafe, sondern auch gegen Schadensersatzpflicht schirmende Jurisprudenz für alle Deliquenten. Alle Condictionen wegen Unrechts des Empfängers und selbst die Verweigerung der Condiction da, wo auch dem Geber turpitudo zur Last fällt, viele Condictionen sine causa und namentlich auch die 30 Jahre dauernde einer bezahlten Spielschuld u. s. w. widerlegen, weil certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si paret eum dare oportere: nec enim quod actoris est, id ei dari potest § 14 J. de act., jenen mißglückten Versuch einer Widerlegung des nicht bloß von Puchta, sondern von der Rechtswissenschaft überhaupt aufgestellten Satzes, daß ein falsches Motiv den Willen nicht ausschließt."

1) Das Gegentheil nimmt freilich an: Brunnemann com. in C. ad l. 14 § ult. de S. S. Eccles. (1, 2) Nr. 5: Ex § ult. i. f. probatur, quod ex contractu vitioso et nullo aut prohibito non tantum dominium non transeat, sed nec possessio civilis quoad effectus juris civilis Mevius V 394.

2) So sagt auch Roloff, in der oben angeführten Abhandlung (Jur. Wochenschrift 1846 Sp. 396, 397): Die Unwirksamkeit des Titels hindert bei fehlerfreier Tradition den Uebergang des Eigenthums nicht. — Dies schließt zwar nicht aus, daß aus dem motivirenden Geschäft oder dem Titel der Tradition für den Tradenten ein Anspruch an den Empfänger entspringen kann, ihm das zu seinen Gunsten aufgegebene Eigenthum zu restituiren, allein dieser Anspruch ist kein Einfluß des Eigenthums oder des Rechts auf die Sache, sondern des zwischen beiden Theilen bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Er begründet nur einen Titel zur Wiedererlangung des Eigenthums, muß als solcher mit einer persönlichen Klage (condictio) geltend ge-

Digitized by Google

Mit Recht hat daher das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen im § 256 den im revidirten Entwurfe enthaltenen ersten Satz des entsprechenden § 267:

> „Liegt der Uebergabe ein nichtiges Rechtsgeschäft zu Grunde, so bewirkt sie keinen Uebergang des Eigenthums"

nicht aufgenommen.[1])

Viel zweifelhafter ist nach unserem Landrechte die Entscheidung der Frage:

> ob eine fehlerfreie Tradition auf Grund eines nicht in gehöriger Form geschlossenen Vertrages Eigenthumsübergang bewirke.[2])

Nach dem oben erwähnten Referate in der Preuß. Gerichts-Zeitung 1860 S. 23 f. spricht sich der Privatdocent Dr. Bornemann hierüber dahin aus:

> In Folge der in das A. L. R. übergegangenen Lehre vom titulus und modus acquirendi (§§ 131 f. I. 2, §§ 1 f. I. 9) hat die Ansicht als

---

macht werden und findet gegen den dritten Besitzer der Sache überhaupt nicht statt. Die Annahme, daß ein solcher persönlicher Anspruch den Uebergang des Eigenthums an der tradirten Sache hindern könne, ist völlig haltlos, und man würde sich an den Redactoren des Allgemeinen Landrechts versündigen, wollte man annehmen, sie hätten durch den aufgestellten Lehrsatz vom Erforderniß des Titels beim Eigenthumserwerb einen so unwissenschaftlichen Grundsatz zum Gesetz erheben wollen...

1) Unger in seiner kritischen Besprechung des gedachten Entwurfs (Leipzig 1861) S. 108 hatte hiergegen bemerkt:

Diese Bestimmung muß in einem Entwurf, welcher der neueren Zeit sein Entstehen verdankt, gerechtes Befremden erregen. Erkennt man doch h. z. T. ziemlich allgemein an, daß die Wirksamkeit der Tradition unabhängig ist von der Beschaffenheit der sie veranlassenden Causa, und daß hienach Eigenthum übergeht, wenn nur der Wille des Tradenten und des Empfängers auf Eigenthumsübergang gerichtet ist, mag immerhin der Rechtsgrund der Tradition ein nicht gebilligter sein (L. 5 § 1 D. de cond. s. c. 12, 7 L. 2 D. de cond. ob turp. caus. 12, 5). Puchta Vorles. I S. 327 Dernburg in der Heidelb. Zeitschr. I S. 143 u. im civ. Archiv Bd. 40 Nr. 1 Arndts § 145. Pagenstecher Eigenthum II S. 218 fg. Die Tradition ist nur dann unwirksam, wenn das Prohibitivgesetz nicht bloß den obligatorischen Vertrag sondern die Veräußerung selbst (den dinglichen Vertrag) trifft (L. 5 § 18 L. 36 pr. D. de don. int. 24, 1. § 1678). Nach dem § 267 würde aber das Eigenthum nicht übergehen, wenn jemand auf Grund eines nichtigen Kaufgeschäftes, oder aus einem verbotenen Spiel Zahlung leistet.

2) Vergl. Arndts im Arnsb. N. Archiv VII S. 553 ff. Köchling ebend. VIII S. 41 ff. Roloff in der Jurist. Wochenschr. 1846 Sp. 398 ff. 1847 Sp. 409 ff. 420 ff. 428 ff. Baron in der oben angeführten Abh. S. 103—114.

Digitized by Google

vorherrschend sich gebildet, daß zum Eigenthumsübergange Gültigkeit des Vertrages und der Tradition gehört. In Beziehung auf den Hauptfall, daß dem Erfordernisse der schriftlichen Form nach Maßgabe der Bestimmungen des 5. Titels nicht genügt sei, stellt man gewöhnlich den Satz auf:

> daß bei Immobilien die Tradition ohne Effect sei und bei Mobilien das Eigenthum auch nur dann übergehe, wenn der mündliche Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden.

Gegen diese Ansicht, in welcher die obligatorische Seite der Sache mit der dinglichen verwirrt wird, ist insbesondere schon Roloff in der Jur. Wochenschrift 1846 S. 378 f., 1847 S. 406 aufgetreten.

Auch Bornemann hält dieselbe nicht für richtig. Nur da, wo das Gesetz auf die Verabsäumung einer bestimmten Vertragsform absolute Nichtigkeit setzt (z. B. im Falle des § 3 des Ges. vom 24. Mai 1853, § 593 II. 18. A. L. R.), ist natürlich auch die, auf Grund eines formlosen Vertrages vorgenommene Tradition effectlos. In allen übrigen Fällen dagegen — namentlich bei Verletzung der Formvorschrift des Tit. 5 Th. I A. L. R. — kann der Tradition die Wirkung des Eigenthumsüberganges nicht abgesprochen werden. Zur Unterstützung dieser Annahme dient, daß die gemeinrechtliche Lehre vom titulus und modus acquirendi historisch sich überwiegend als reine „theoretische Abstraction" darstellt. Das A. L. R. hat im Grunde nur diese rein theoretische Abstraction wörtlich aufgenommen und an keiner Stelle direkt oder indirekt ausgesprochen, daß, wer auf Grund eines formlosen Vertrages tradire, Eigenthümer verbleibe und seine Sache von jedem Dritten vindiciren könne. (Es wird hierauf aus der Entstehungsgeschichte der landrechtlichen Formvorschriften nachgewiesen, daß das A. L. R. ganz allein den Fall der Rückforderung der Sache von dem Empfänger mittelst persönlicher Klage im Auge gehabt und so auch nur diese habe zulassen wollen.)

Unser höchster Gerichtshof hat sich über die oben aufgestellte Frage nirgends direkt ausgesprochen, jedoch mehrfach in Fällen solcher Art auf die persönliche Natur der Rückforderungsklage hingewiesen.

So in einem Erkenntnisse vom 3. April 1840, welches in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen B. 6 S. 279 f. unter der Ueberschrift mitgetheilt ist:

> Der Käufer eines Grundstücks ist als solcher nicht berechtigt, die vor Abschluß des Kaufgeschäftes Seitens des Verkäufers durch mündlichen Vertrag davon veräußerten unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiciren.

In den Gründen wird gesagt:

> Der Besitz geht auch durch Tradition an einen Andern ohne vorgängigen schriftlichen Vertrag verloren, und wenn das Pertinenzverhältniß einer Sache zu einer andern überhaupt durch die Dispositionen

Digitized by Google

des Eigenthümers aufgehoben werden kann, so muß insbesondere die Uebertragung des Besitzes auf einen Anderen gewiß ebenfalls diese Wirkung äußern. Die Gesetze erkennen in der That auch denjenigen, welcher eine Sache durch mündlichen Vertrag erworben hat, während das Geschäft eigentlich eines schriftlichen Contrakts bedurfte, als vollständigen Besitzer an (A. L. R. I Tit. 5 § 163, Tit. 7 §§ 188. 7). Hieraus folgt, daß der Trabent seinerseits nicht mehr der Besitzer ist, und daß die abgetretene Sache als Zubehör einer andern von ihm nicht mehr besessen werden kann... Mag daher der Trabent immerhin die Befugniß behalten, den Vertrag wegen mangelnder Form anzufechten und das Grundstück von dem Erwerber zurückzufordern, so liegt hierin doch nur ein persönliches Recht, das zugleich mit der persönlichen Verpflichtung zur Restitution des für das Grundstück Empfangenen verbunden ist. Als Befugniß des zurückbehaltenen Hauptgutes, als subjectiv-dingliches Recht, ist jenes Klagerecht auf Rescission des Vertrages nirgends in den Gesetzen anerkannt und konnte es auch nicht werden, da das Gut, als bloße Sache, eine Verbindung nicht aufrecht zu erhalten im Stande ist, die sein in der Disposition unbeschränkter Besitzer aufheben will und aufgehoben hat. Der Erwerber eines Gutes durch Singular-Succession kann daher die persönliche Befugniß des Verkäufers zur Rückforderung der vordem durch mündlichen Vertrag davon dismembrirten Stücke nur mittelst einer besonderen Cession erlangen, sofern eine solche überhaupt bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen zulässig ist...

Ebenso heißt es in den Gründen eines Erkenntnisses vom 10. October 1856:

Für die Entscheidung selbst erscheint die Erwägung maaßgebend, daß trotz der Mangelhaftigkeit des Vertrages vom 14. December 1838 (worin den schreibens- und lesensunkundigen Contrahenten, trotz ihres entgegengesetzten Interesses, nur ein Schreibebeistand zugeordnet worden) insofern daraus keine Stütze für die erhobene Vindicationsklage sich ergibt, als unbezweifelt das noch jetzt im Besitze des Verklagten befindliche streitige Grundstück an diesen mit dem Willen des klägerischen Erblassers gediehen ist, also die eine für die Vindication erforderliche Voraussetzung des § 1 Tit. 15 Th. I A. L. R. fehlt.[1]) War sonach nur die persönliche Klage wegen Aufhebung jenes Vertrages anzustellen, so rechtfertigt sich die ausgesprochene Zurückweisung in angebrachter Art.[2])

Entscheid. Bd. 34 S. 57—61.

Außerdem ist auf das oben S. 359 f. mitgetheilte Erkenntniß vom 19. November 1863 zu verweisen.

---

1) „Der wahre Eigenthümer hat das Recht seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist, oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern."

2) Vergl. auch Entscheid. Bd. 39, S. 46, 47.

Digitized by Google

3. Besondere Schwierigkeiten bietet der Fall, wenn die Tradition durch Stellvertreter vermittelt wird.

Unzweifelhaft läßt die Tradition, als eine Rechtshandlung, die Stellvertretung zu, und zwar sowohl Seitens des Tradenten als Seitens dessen, der dadurch das Eigenthum erwerben soll.

Die Stellvertretung des Letzteren ist offenbar der wichtigere Fall. Betrachten wir ihn in seinen verschiedenen Gestaltungen:

A. Die Tradition geschieht an den als solcher dem Tradenten gegenübertretenden Stellvertreter des Empfangsberechtigten.

Dieser Fall macht keine Schwierigkeit. Die tradirte Sache geht mit dem Augenblicke des Empfanges Seitens des Stellvertreters auf die von diesem vertretene Person über.

§ 5, J. per quas pers. (2, 9): ... placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum Divi Severi Constitutionem: et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit..

Nerat. l. 13 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur, etiam ignoranti. § 1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus. [1])

l. 8 C. de acq. et ret. poss. (7, 32): Per procuratorem utilitatis causa possessionem, et si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit.

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 1017. „Insofern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellet, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen, so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu..."

Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 1. Septbr. 1855:... Der Erwerb des Besitzes und damit des Eigenthums durch Tradition an einen Stellvertreter findet unmittelbar für den Vertretenen nur dann statt, wenn dem Repräsentanten die Sache vermöge eines für den Repräsentirten eingegangenen Vertrages an den Tradenten für den Vertretenen übertragen worden ist, und der Stellvertreter zugleich die erklärte Absicht gehabt hat, die Sache für den Vertretenen zu erwerben...

Seuffert, Archiv X Nr. 134.

---

1) Der Mandatar und der Vormund können, sagt der Jurist, dem Vollmachtgeber oder Mündel ohne gleichzeitiges Bewußtsein derselben von der Tradition durch diese unmittelbar Eigenthum erwerben; aber dies setzt voraus, daß sie kaufen und doch sich tradiren lassen in fremden nicht im eigenen Namen, d. h. daß sie durch ihre Erklärung, in fremden Namen zu handeln, den Willen des Tradenten von ihrer Person ab- und unmittelbar auf ihren Mandatar oder Pupillen lenken. v. Scheurl S. 210.

Digitized by Google

Erkenntniß des Ob.-Tribunals zu Berlin vom 7. December 1860: Ist bei der Auction der Bevollmächtigte im Namen des Machtgebers aufgetreten, so erwirbt Letzterer unmittelbar durch den Zuschlag das Eigenthum der erstandenen Sache.

Striethorst, Archiv B. 39 S. 280 f.

B. Die Tradition erfolgt an einen Stellvertreter, der zwar als solcher auftritt, jedoch ohne daß der Tradent weiß, wessen Stellvertreter er ist.

v. Scheurl a. a. O. S. 208: „Wenn der Eigenthümer seine Sache einem Stellvertreter als solchem tradirt, mit dem Bewußtsein, daß er Stellvertreter, aber ohne zu wissen, wessen Stellvertreter er sei, so macht er dadurch den Vertretenen unmittelbar zum Eigenthümer, obwohl nun bei der Tradition sein Wille nicht die Richtung auf eine bestimmte Person hatte, sondern auf Jemanden, in dessen Namen der Stellvertreter handeln möge.

Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 204: ... Ist der jactus missilium theoretisch unbedenklich, so gilt um so mehr die Uebergabe seitens des dem Empfänger unbekannten Prinzipals des thatsächlich Gebenden, so wie an den dem Geber unbekannten Prinzipal des thatsächlich Empfangenden. Denn hier ist die andere Partei nicht einmal unbestimmt, sondern lediglich der einen unbekannt, so jedoch, daß sie durch die Demonstratio als der Prinzipal für jene Parteirolle auch relativ und bereits beim Weggeben der Sache u. s. w. bestimmt ist..

Dem vorstehenden Falle ist ein anderer verwandt, der gerade im gewöhnlichen Verkehre am häufigsten vorkommt, nämlich

C. die Tradition geschieht an eine Person, die weder ausdrücklich im eigenen, noch ausdrücklich in fremdem Namen auftritt, jedoch unter Umständen, die es für den Tradenten gleichgültig machen, ob sie selbst oder ein Anderer die übergebene Sache erwerbe, und die eben deshalb ihm keine Veranlassung bieten, sich um die Person des eigentlichen Erwerbers zu bekümmern.

v. Scheurl a. a. O. S. 208 f. spricht sich hierüber dahin aus:

Puchta[1]) behauptet: auch wenn der Eigenthümer einer Person tradire, von der er nicht wisse, daß sie in fremdem Namen handle, dabei aber es ihm gleichgültig sei, ob durch die Tradition das Eigenthum an sie, oder durch sie an irgend einen Dritten gelange, erwerbe doch durch diese Tradition derjenige das Eigenthum unmittelbar, in dessen Auftrag und für den der Apprehendent die Sache empfange. Insbesondere, meint er, sei dies beim Verkauf gewöhnlich so anzusehen, indem der Verkäufer regelmäßig nur die Absicht habe, den zum Eigenthümer zu machen, von dem ihm der Preis werde.

1) Vorlesungen § 148 a. E. Kleine civil. Schriften N. XXXII (de dominio rerum per procuratorem acquirendo 1842).

Digitized by Google

Unstreitig empfiehlt sich diese Ansicht durch eine gewisse Natürlichkeit und Bequemlichkeit für den täglichen Verkehr. Aber ob sie juristisch begründet sei, ist damit noch nicht entschieden, in der That stehen ihr vielmehr in juristischer Beziehung erheblichere Zweifel entgegen, als Puchta zuzugeben geneigt ist.

Wer einem bestimmten ihm gegenwärtigen Individuum eine Sache tradirt, ohne dessen Eigenschaft als Stellvertreter eines Andern zu kennen, kann, scheint es, nur den positiven Willen haben, dieses Individuum selbst zum Eigenthümer zu machen; also nicht einen Andern. Es ist wahr, daß er als Verkäufer in der Regel ebenso gern jeden Andern zum Eigenthümer machen würde, der ihm denselben Preis zahlte; aber indem er nun eben einmal eine bestimmte Person vor sich hat, welche in eigenem Namen mit ihm abschließt, und der er tradirt, hat er doch eigentlich nicht mehr den unbestimmten Willen, die Sache zu geben, von wem ihm der Preis werde, sondern den bestimmten Willen, sie diesem zu geben, der sich ihm als Abkäufer in eigenem Namen darstellt. Auch der Stellvertreter, der sich als solcher nicht zu erkennen gibt, und keinen Grund hat anzunehmen, der, mit welchem er abschließt und von dem er sich tradiren läßt, wisse sonst schon, daß er als Stellvertreter handle, muß, scheint es, vernünftiger Weise voraussetzen, daß der Andere ihm nur mit der Absicht tradire, ihn, den gegenwärtigen Empfänger zum Eigenthümer machen zu wollen. Ist er also auch Willens die Sache für seinen Auftraggeber zu erwerben, so liegt es doch nahe, dies nur in dem Sinne anzunehmen, daß er sie erwerben und dann sein Eigenthum auf denselben übertragen wolle.[1])

Auch Pagenstecher tritt der Puchta'schen Ansicht, wiewohl in etwas anderer Weise, entgegen, indem er a. a. O. S. 204 f. ausführt:

Es ist zu läugnen, daß, außer dem jactus missilium der Sinn des Gebers jemals auf einen unbestimmten Empfänger sich richte oder sich richten könne; außer etwa in Fällen, die man erdichten könnte, in welchen analog dem J. M. die Bestimmbarkeit des Empfängers durch den künftigen Ausfall einer Bedingung jetzt schon gegeben ist. Freilich geht Puchta Vorles. § 148 a. E. Nr. 3, welchem Baugerow § 311 Anm. 1 nachfolgt, bedeutend weiter, indem er das Umgekehrte zur Regel erhebt: Falls des Gebers Wille überhaupt nicht auf ein bestimmtes Individuum ausschließlich gerichtet sei, wie i. d. R. beim Kaufe: dann stehe dem unmittelbaren Erwerb des Eigenthums (durch den Prin-

1) Mit dieser Darstellung stimmt es aber nicht füglich überein, wenn v. Scheurl weiterhin (S. 212) bemerkt: „Der Erwerber muß sich bei der Tradition auf den Willen des bisherigen Eigenthümers der Sache stützen können, nicht blos, wie bei der Occupation, auf seinen eigenen. Dies kann er aber auch vollständig, wenn nur der Traditionswille desselben so beschaffen ist, daß er sich nicht darum kümmert, ob der, welchem er tradirt, für sich oder für einen Andern erwerben will."

Digitized by Google

zipal des Empfängers, während Geber gar nicht weiß, ob Empfänger für sich selbst oder für einen Andern handle) Nichts entgegen, da ja Eigenthum an eine unbestimmte Person übergeben werden könne. P.'s Meinung stellte sich fest gelegentlich eines Rechtsfalles, den er mitzubegutachten hatte; und dieß rief die Abhandlung über diesen Gegenstand hervor, welche Nr. 32 in seinen kleinen zivilistischen Schriften bildet. Wollspinner A stand mit dem auswärtigen Handelsmann B der Art in Geschäftsbeziehung, daß B für A die Wolle rings in seiner Gegend aufkaufen sollte. Die nöthigen Geldmittel empfing B von A zum Voraus. B nun kauft auf, nicht ausdrücklich für einen Andern (A), auch nicht so, daß er sich als Agent des A ein für allemal hierin proklamirt hätte: sondern er führt lediglich seine Bücher deßfalls auf A's Conto. In einem Zeitpunkte, in welchem noch nicht alle zusammengekaufte Wolle an A weiterversandt war, bricht über B Konkurs aus und die Gläubiger bestreiten dem A das Eigenthum der rückständigen Wolle. Entgegen Puchta, kann ich mich hier nur zu Gunsten der Gläubiger entscheiden. A ist demnach selbst, durch seine directa mandati actio, lediglich Konkursgläubiger. Das aber können Jene allerdings nicht behaupten, die dem A vorliegende bisherige Unbestimmtheit (?) der Waare sei für ihn ein Eigenthumshinderniß. Puchta's Ansicht hatte, wie es scheint, ihren ersten Ursprung in einer (ungedruckten) Aeußerung Savigny's. Er denkt nur an Kauf mit Baarzahlung, denn nur hier in der That ist dem Verkäufer die Person des Erwerbers regelmäßiger Weise gleichgültig. Aber hier verwechselt P. Grund und Sinn der Verkäufer. Ebenso irrt P., daß, bei Annahme unsrer Meinung, B lediglich Detentor sein könnte, was allerdings zu den fabelhaftesten Konsequenzen führen müßte. „Er notirte die Waare dem A." Gewiß, wegen seiner Ablieferungspflicht, wegen der entsprechenden direkten Mandatsklage. Hätte er sie selbst als „Eigenthum" des A notirt, so wäre dieß entweder ein schlechter Ausdruck, oder sogar ein Rechtsirrthum, und B selbst dennoch Eigenthümer: es wäre plus in re, quam in existimatione mentis. Für uns steht auch die Entscheidung des O. A. G. Lübeck 1833 bei Seuffert 5, 112, und Kiel 1851 bei S. 5, 253. Kannte er das Recht, so würde er seine Notiz richtig gemacht, so würde sein Wille sich auf den eigenen formalen Erwerb erstreckt haben; also koexistirte, obwohl unbewußt, dieser Wille als ein eventueller. Zum Theil gegen P. erklärt sich Scheurl 1 Seite 208 ff.; aber auch dieser ist, wenigstens auf S. 212, nicht klar. Unsre These lautet so: Der Geber kann (außer beim J. M. wo doch auch der Empfang selbst als den Empfänger bestimmend, vorgesehen ist) nur einen bestimmten, wenn gleich ihm persönlich unbekannten (z. B. auch „den Prinzipal des Empfängers") Erwerber im Sinne haben; und erwirbt der Empfänger nicht für einen Andern, was beim Eigenthumsvertrage, wenn gleich stillschweigend konsentirt sein muß, so schließt der Geber nothwendig mit dem Empfänger selbst ab, macht ihn zum Herrn.

Brinz stellt sich auf Puchta's Seite, indem er (Pandekten § 55 gegen Ende) die treffende Bemerkung macht:

Digitized by Google

Wir werden die Köchin nicht zur Eigenthümerin der Hühner machen, die sie vom Markte heimträgt![1])

Sehen wir vorläufig von dem in die Lehre vom Kommissionshandel einschlagenden Falle ab, an welchen Puchta seine Erörterungen geknüpft hat, so scheint in der That die von ihm aufgestellte Ansicht, wie ja auch v. Scheurl nicht verkennt, der Natur der Sache und den Anschauungen im gewöhnlichen Verkehrsleben vollkommen zu entsprechen. Denken wir nur an die Art und Weise, wie die Vermittelung der Tradition durch Stellvertreter in den allergewöhnlichsten Geschäften des täglichen Verkehrs sich gestaltet, von denen freilich kaum eines vor den Richterstuhl gelangen wird. — Ich bediene mich irgend einer Mittelsperson (ganz gleich, in welchem Verhältnisse diese zu mir steht), um aus dem Laden oder der Bude eines Krämers oder Handwerkers eine bestimmte Waare käuflich zu entnehmen. Mein Abgesandter (vielleicht ein unmündiges Kind — vielleicht ein Dienstmann), ohne ein weiteres Wort zu sprechen, als daß er bei Hingabe des Geldes die dafür verlangte Waare bezeichnet, nimmt diese von dem Feilhabenden in Empfang, der sich um die Person des Käufers gar nicht kümmert. Wer ist in diesem Momente Eigenthümer der Waare geworden? Doch wohl kein Anderer als ich selbst. Ich habe den Willen, die Waare käuflich zu erwerben; ich bethätige diesen Willen durch meine Mittelsperson, die den kurzen Handel schließt und die Waare für mich in Empfang nimmt; endlich steht auch der Wille des Verkäufers damit in vollster Uebereinstimmung. Er entäußert sich der Sache zu Händen dessen, der ihm den Preis dafür zahlt, ganz unbekümmert um das juristische Schicksal der Sache. — Wer durch die Uebergabe Eigenthümer derselben geworden, ist für ihn ohne alles Interesse. Der Handel ist in Betreff seiner ein abgemachtes Geschäft. Die rechtliche Wirkung der Uebergabe berührt ihn nicht; diese bestimmt sich lediglich nach der von ihm ignorirten rechtlichen Stellung des Empfängers als Mittelsperson eines Andern. Es läßt sich daher durchaus nicht behaupten,

1) Pagenstecher a. a. O. S. 205 Note 1 bemerkt dazu: „Einverstanden! Aber die Römer hatten für dergleichen Sklaven nothwendige Erwerbsinstrumente; und es darf wohl die passive Familienmitgliedschaft der eigentlichen Dienstboten nach deutschem Recht zur Begründung unmittelbaren Erwerbes durch jene ex re nostra und ex operis suis (innerhalb der gemietheten Dienste) benutzt werden. Hieraus ergibt sich, daß unsere These von dem feinen Einwurfe Brinz's unberührt bleibt."

Digitized by Google

daß sein Traditionswille gerade darauf gerichtet ist, den Empfänger zum Eigenthümer zu machen, daß daher der von dem Absender noch vor der Ueberlieferung der Waare an ihn geltend gemachte Eigenthumserwerb den Willen des Tradenten gegen sich habe.

Anders liegt allerdings folgender Fall:

D. Die Tradition geschieht an eine Person, die dem Tradenten gegenüber in eigenem Namen handelt, jedoch mit der diesem unbekannten Absicht, die Sache für einen Andern als dessen Stellvertreter zu erwerben.

Codex Fabrian. Lib. III tit. XXII def. 6:... si mandaverim tibi, ut rem emeres, tuque emeris, non idcirco res mea fiet, ut ejus vindicandae jus habeam priusquam mihi tradideris, si non meo quoque nomine tibi a venditore tradita sit. Quemadmodum nec illud sufficiet, quod ratam habeam traditionem, quae tibi per venditorem facta est, nisi uno illo casu, quo tu meo aut communi nomine emeris, traditamque rem acceperis. Ita Senatus Sabaudiae Decemb. 1588.

Struv. synt. jur. civ. Exerc. XLI th. 5: .., quaeritur, quid obtineat, si alter tradat procuratori, non ut procuratori nostro, sed ut ipse sibi habeat, procurator vero animo nobis acquirendi apprehendat? non prius rem illam nobis acquiri existimo, quam si procurator nobis tradat. l. 59 D. de acq. rer. dom. [1])

Die hier ausgesprochenen Grundsätze hat auch unser Ob.-Tribunal in dem bekannten Plenarbeschlusse vom 2. October 1848 Präj. 2052 angenommen: [2])

---

1) Res ex mandatu meo empta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

2) Früher hatte sich dasselbe mehrfach für die entgegengesetzte Ansicht entschieden. So war in dem Urtheil vom 27. Mai 1842 (Entscheid. VII S. 371 f.) der Grundsatz ausgesprochen worden:

„daß das Eigenthum, welches ein zum Ankauf eines Grundstückes von einem Dritten Beauftragter durch einen in eigenem Namen darüber geschlossenen Vertrag erworben habe, nicht ihm, sondern seinem Machtgeber gehöre."

Derselbe Grundsatz ist auch in einem Revisions-Erkenntnisse vom 28. October 1847 (Rechtsfälle aus der Praxis des Ob.-Tribunals neueren Verfahrens III S. 48 f.) festgehalten worden. — In den Gründen wird ausgeführt: Der B. habe nur für den F. und in seinem Auftrage gekauft. Er sei also nicht Eigenthümer der Grundstücke geworden, weil er es nicht habe werden wollen, und nach dem Vertrage mit dem F. auch nicht habe werden sollen. Es fehle für ihn an der im § 1. I. 5 des A. L. R. vorgeschriebenen Grundbedingung jedes Vertrages, der wechselseitigen Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts. Aus § 154. I. 13 a. a. O. folge nicht, daß auch der vorgeschobene Käufer, weil er einerseits Mandatar des wahren Käufers

Digitized by Google

„Der Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund des erhaltenen Auftrages eine Sache von dem Dritten in eigenem Namen erkauft hat, erwirbt durch die in Folge eines solchen Vertrages an den Bevollmächtigten geschehene Uebergabe der Sache nicht sofort das Eigenthum derselben, sondern erlangt nur das persönliche Recht, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums an ihn zu fordern."

Aus den Motiven heben wir Folgendes heraus:

... Damit der Machtgeber durch die an seinen Bevollmächtigten geschehene Uebergabe den Besitz resp. das Eigenthum erwerbe, ist erforderlich, daß der Tradent nichts Anderes als dieses beabsichtigte, daß er namentlich nicht den Bevollmächtigten zum Besitzer und Eigenthümer machen wollte. Wenn dagegen der Bevollmächtigte als Käufer im eigenen Namen auftrat, und demnach auch der Verkäufer mit dem Willen, ihn zum Eigenthümer zu machen, ihm tradirte, so gilt die Regel der l. 59 D. de acq. rer. dom. (41, 1) v. Savigny Besitz § 26 (6te Auflage) S. 353 Note 1. Es ist eine neue Tradition Seitens des Bevollmächtigten an den Machtgeber erforderlich, um diesen zum Eigenthümer zu machen. — Ganz dieselben Grundsätze hat das Preuß. Recht angenommen. Zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums ist in der Regel außer dem Titel die auf Grund desselben erfolgende Uebergabe erforderlich... Hiernach kann die Uebergabe der Sache an den Käufer nur in Beziehung auf denjenigen ihre rechtliche Wirkung äußern, auf den nach Inhalt des Vertrages der Verkäufer das Eigenthum hatte übertragen, und denjenigen, welcher dasselbe hatte erwerben wollen... Gleichwie eine Forderung aus dem von einem Andern für uns geschlossenen Vertrage unmittelbar uns nur zusteht, falls der Promittent sich uns verpflichten wollte, der Vertrag auf uns, als Gläubiger, lautet, so erwerben wir auch den Besitz durch Stellvertreter nur, wenn unser Bevollmächtigter in unserem Namen kaufte, und von der andern Seite der Tradent zu keines anderen, als zu unserm Vortheil sich des Besitzes entschlagen wollte und denselben übertrug. Wenn dagegen unser Bevollmächtigter in eigenem Namen kauft, er also im Vertrage als derjenige benannt

---

andererseits Kontrahent im eigenen Namen gewesen sei, für sich das Eigenthum erworben habe, wenigstens jedem Dritten gegenüber als Käufer gelten müsse. Wer von einem Andern den Auftrag erhalten habe, für ihn etwas zu kaufen, und diesen ausführe, erwerbe niemals für sich, sondern nur für seinen Machtgeber, wenn er auch unter Verschweigung des eigentlichen Verhältnisses sich selbst als Käufer bezeichnet habe. Die Regel des § 63 a. a. O., daß er nur für seinen Mandanten Rechte erwerben könne, leide auch dann keine Ausnahme, wenn er mit dem Verkäufer nur in eigenem Namen kontrahire; dies sei nur in sofern erheblich, als der Verkäufer dann die Erfüllung des Vertrages direkt von dem Bevollmächtigten verlangen, während er sonst sich nur an dessen Machtgeber halten könne.

Digitized by Google

ist, auf den das Eigenthum übergehen sollte, so schließt solches zugleich ein, daß auch die Uebergabe in diesem Sinne geschah, daß mithin der Verkäufer unsern Bevollmächtigten zum Eigenthümer machen wollte. Ist dergestalt die Sache in eigenem Namen des Bevollmächtigten erkauft, so ist kein anderer Erfolg denkbar; als daß das Eigenthum auf den Bevollmächtigten, nicht auf den Machtgeber übergegangen ist. Es bedarf daher erst eines neuen Aktes, damit Besitz oder Eigenthum von ihm auf den Machtgeber übergehe, wiewohl dieser Akt durch eine bloße Willenserklärung des Bevollmächtigten, namentlich durch ein constitutum possessorium geschehen kann.

Entscheid. des K. Ob. Trib. B. 17 S. 19 ff.

In der Praxis kommt die angeregte Frage am häufigsten beim Commissionsgeschäft zur Sprache. Hier wird sie vielfach im Sinne des eben mitgetheilten Plenarbeschlusses entschieden.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 30. April 1831: Da der Beklagte den Weizen nicht im Namen von G—w gekauft und von dem Verkäufer für diesen sich hatte abliefern lassen, in welchem Falle freilich er auch bei dem Erwerbe von Besitz und Eigenthum nur Stellvertreter G—w's gewesen, und letzterem mit der Ablieferung des Weizens an den Beklagten durch diesen sofort das Eigenthum erworben gewesen seyn würde,

§ 5 Inst. per quas personas (2, 9); fr. 13 de donat. (89, 5); fr. 13 pr. § 1, fr. 20 § 2, fr. 65 pr. de acquir. rer. dom. (41, 1); const. 6 si quis alteri vel sibi (4, 50),

sondern da der Beklagte den Weizen auf seinen eigenen Namen gekauft und empfangen hatte, so waren Besitz und Eigenthum des Weizens zunächst dem Beklagten erworben und es hätte zur Uebertragung beider auf G—w einer weiteren Tradition des Weizens von Seiten des Beklagten an diesen bedurft.

Fr. 59 de acquir. rer. dom. (41, 1); fr. 13 § 2 de usurp. et usuc (41, 3); const. 6 si quis alteri vel sibi (4, 50); const. 2 de his qui a non dom. (7, 10) Connani comment. jur. civ. lib. 3 cap. 7 Nr. 7; Pacii enantiophanon cent. 8 qu. 80; Giphanii lectur. Altort. ad fr. 59 cit. pag. 386; Hertius de oblig. mandantis § 4; Breuls diss. de contractu commissionis ad merces coemendas datae, Goett. 1800 § 9, 18, 19.

Da nun eine Uebertragung des physischen Besitzes des Weizens auf G—w offenbar nicht stattgefunden hat, so könnte eine weitere Tradition des Weizens an den letzteren nur mittelst eines zwischen ihm und dem Beklagten vorgenommenen constituti possessorii bewerkstelligt seyn. Ein solches läßt sich aber aus den bisher dafür geltend gemachten Momenten ebenfalls nicht entnehmen. Eine ausdrückliche Verabredung zwischen dem Beklagten und G—w, daß ersterer in Zukunft den Weizen nur im Namen des letzteren besitzen solle, ist nicht einmal behauptet, auch in der Correspondenz, so weit solche zu den Acten gekommen ist, durchaus nicht zu erfinden. Es müßte also ein solches implicite aus dem rechtlichen

Digitized by Google

Verhältnisse zwischen beiden und aus den anderweitigen Verhandlungen unter denselben hervorgehen. Dieses ist aber keineswegs der Fall. Denn der Umstand zuvörderst, daß Beklagter den Weizen im Auftrage G—w's und in der Absicht um den erhaltenen Auftrag auszuführen, angekauft hat, bewirkt nur eine Verpflichtung des Beklagten, den Weizen für G—w zu bewahren, und, insoferne dieser seinen contractlichen Verbindlichkeiten nachkam, dessen Dispositionen darüber zu befolgen, und ihm denselben herauszugeben; aber diese Verpflichtungen des Beklagten, und überhaupt seine Qualität als Commissionär hinderten ihn nicht, den Besitz und das Eigenthum des Weizens einstweilen noch für sich zu behalten,

vgl. fr. 13 § 2 de usurp. cit.;

auf dieselbe Weise, wie nicht schon durch den Abschluß des Kaufcontracts Besitz und Eigenthum von dem Verkäufer auf den Käufer übergehen, sondern dadurch bloß eine persönliche Verpflichtung zur Uebertragung begründet wird. Eben so wenig kann daher auch ferner darin eine Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gefunden werden, daß Beklagter an G—w in mehreren Briefen die Vollziehung des Auftrages gemeldet und ihm die Factura über den erkauften Weizen zugesandt hat, da gezeigtermaßen der Uebergang von Besitz und Eigenthum der gekauften Waare auf den Committenten nicht hievon, sondern von einer weiteren Tradition an denselben abhängt. Wenn endlich G—w in mehreren seiner Schreiben an den Beklagten den Weizen den seinigen genannt, und letzterer hiergegen in seinem Antwortschreiben nicht protestirt hat, so erscheint das, abgesehen von andern Gründen, um deßhalb als ganz irrelevant, weil der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens es bei uns gestattet, nicht bloß eine Sache, woran Jemanden das wahre Eigenthum zusteht, sondern auch eine solche, die derselbe nur aus einem Contractsverhältnisse zu fordern hat, als die seinige zu bezeichnen.....

Seuffert, Archiv XII Nr. 122.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 16. December 1833: Es ist bekannt genug, daß der Einkaufscommissionär zunächst selbst das Eigenthum der Waare, deren Ankauf ihm übertragen ist, erwirbt, und daß nur durch weitere Tradition derselben an den Committenten das Eigenthum an diesen übergeht. Ist aber die Tradition erforderlich, so kann auch darauf nichts ankommen, daß in Briefen oder in der Rechnung die Waare als eine solche, die dem Committenten gehört, bezeichnet, oder daß daß darin gesagt wird, daß die Waare für dessen Rechnung und Risico lagern oder versendet werde. Dieß könnte nur dann in Betracht kommen, wenn darüber, ob die Tradition wirklich geschehen sey oder nicht, noch Zweifel obwalteten.

Ebendas. V Nr. 112.

Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 28. October 1851: Es handelt sich hier um ein zwischen dem Cridar und den Beklagten eingegangenes Commissionsgeschäft. Das Eigenthum der in Folge dessen von den Beklagten für den Cridar angekauften und in Empfang genommenen 300 Centner Rüböl kann aber nicht als dem Cridar erworben angesehen werden, da die Regel, daß beim Auftrage zum Ankauf oder sonstigen Erwerbe von Sachen der Mandant selbst ohne Kunde von der stattgefunde-

Digitized by Google

nen Besitzergreifung Eigenthümer werde, sobald der Mandatar die Sache erhalten habe, nach ausdrücklichen Gesetzesvorschriften doch nur dann Anwendung findet, wenn der Dritte, von welchem die Sachen herrühren, die Absicht gehabt hat, durch Uebergabe derselben an den Mandatar den Mandanten zum Eigenthümer zu machen,

fr. 13 pr.; fr. 20 § 2 de acquir. rer. dom. (41, 1)

und der Mandatar zugleich nicht für sich selbst, sondern unmittelbar seinem Mandanten das Eigenthum hat erwerben wollen,

fr. 37 § 6; fr. 53 eod.

fr. 1 § 20 de acquir. poss. (41, 2)

const. 6 si quis alteri vel sibi (4, 51),

worauf es nur bei Schenkungen, was hier gleichgültig, nicht ankommt,

fr. 13 de donat. (39, 5),

eine solche Absicht des Verkäufers des Oels so wie der Beklagten aber weder aus den Acten ersichtlich, noch auch nur vom Kläger, dem Curator der Concursmasse, behauptet worden ist.

Diese Grundsätze über das Mandat zum Erwerbe von Sachen müssen auch für das Commissionsgeschäft gelten, weil selbiges nichts als ein Mandat dieser Art ist, womit die bei Commissionsgeschäften unter Kaufleuten übliche Provision nicht in Widerspruch steht, indem eine Provision gleich der Maklergebühr nur als ein Honorar aufgefaßt werden kann, und das Mandat den Anspruch auf ein Honorar für die Mühwaltung des Mandatars nicht ausschließt.

Fr. 6 pr.; fr. 7; fr. 10 § 9; fr. 56 § 3 mandati (17, 1) const. 17 eod. (4, 35).

Hiermit stimmt auch die Handelsusance überein, da hiernach gleichfalls dem Commissionär das Eigenthum der gekauften Waare verbleibt, bis er dasselbe durch Tradition oder durch Uebersendung eines Connossements oder durch constitutum possessorium auf den Committenten übertragen hat.

Vergl. auch Thöl, ausgewählte Entscheidungsgründe des O. A. G. zu Lübeck Nr. 176, 177, 178. [1])

Anderer Ansicht ist Wilda (in Weiske's Rechtslexicon II S. 717 f.), indem er sich dahin ausspricht:

Bei Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, die aus einem von dem Commissionär vermöge seines Auftrages abgeschlossenen Geschäfte hervorgehen, ist stets vor Augen zu haben, daß der Commissionär hier immer für einen Andern handelt, aber in der Regel ohne ihn zu nennen, ohne daß selbst der, mit welchem contrahirt wird, davon Kenntniß hat, ob jener für sich selbst oder nur als Beauftragter gehandelt habe. Es kommt dieses sowohl in Betreff des Ueberganges der Gefahr und des

1) Dieser Ansicht folgt auch Heise, Handelsrecht S. 45: Der Eigenthumsübergang erfolgt nach gemeinem Recht erst durch Tradition des Commissionärs an den Tradenten.

Digitized by Google

Eigenthums einer eingekauften Waare auf den Committenten, als bei Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen Committenten und Commissionär und dem Dritten, mit welchem Ersterer contrahirt hat, in Betracht. Was den ersten Punkt betrifft, so gehen Waaren, die ein Commissionär in Folge Auftrages und mit der Absicht, diesen zu erfüllen, eingekauft, selbst wenn der Verkäufer nichts davon weiß, daß sie für Rechnung eines Andern gekauft worden, sobald sie dem Commissionär oder etwa einem von ihm bezeichneten Schiffer u. s. f. übergeben worden, sofort (in der Voraussetzung, daß der Kaufpreis berichtigt ist) in das Eigenthum des Committenten über.

Diese letztere Ansicht hatte auch in dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten (Berlin, 1857) Aufnahme gefunden. Derselbe enthält im Art. 284 die Bestimmung:

„Der Kommissionär, welcher eine Einkaufskommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guts dem Kommittenten in dem Zeitpunkte, in welchem der Kommissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er das Geschäft für eigene Rechnung geschlossen hätte.

Jedoch geht das Eigenthum an vertretbaren Sachen erst dann auf den Kommittenten über, wenn sie mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Kommittenten abgesendet sind."

In den Motiven B. 2 S. 152 f. ist dazu bemerkt:

Die Frage, in welchem Augenblicke der Kommittent bei der Einkaufskommission das Eigenthum des Kommissionsgutes erwirbt, bedurfte, als eine nicht unzweifelhafte, einer gesetzlichen Entscheidung. Durch Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 2. October 1848 (Entscheidungen B. 17 S. 19) ist das Prinzip festgestellt worden, daß nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts ein Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund des erhaltenen Auftrags eine Sache von einem Dritten in eigenem Namen erkauft hat, durch die in Folge eines solchen Vertrages geschehene Uebergabe der Sache an den Bevollmächtigten nicht sofort das Eigenthum derselben erwirbt, sondern nur das persönliche Recht erlangt, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums zu fordern. Das Bedürfniß des Verkehrs und der Gebrauch beim Kommissionshandel sprechen aber für den entgegengesetzten Grundsatz. Dem Interesse des Verkäufers wegen Sicherung seiner etwanigen Kaufgelderforderung gegen den Kommissionair kann hierbei kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden; derselbe kommt durch den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache auf den Kommittenten in keine wesentlich schlechtere Lage, als in welcher er sich in dem Falle befindet, wenn der Kommissionär das Eigenthum erwirbt, solches aber sofort weiter veräußert, woran ihn doch der Verkäufer der Regel nach nicht hindern könnte. Im Verhältnisse des Kommissionärs zum Kommittenten ist aber nach Sinn und Absicht der Parteien anzunehmen, daß der Beauftragte Alles, was er auf Grund des Auftrages und behufs Ausführung desselben erwirbt, sofort dem Auftraggeber habe erwerben wollen. Der Kommissionär wird hierdurch nicht benachtheiligt, da er durch das ihm eingeräumte Pfand-

Digitized by Google

recht genügend gedeckt ist. Für den Kommittenten dagegen ist es in der Regel und namentlich für den Fall des Konkurses des Kommissionärs von wesentlicher Bedeutung, daß das Eigenthum des angekauften Gutes sofort auf ihn übergeht, ohne daß es noch einer besonderen, von der Willkür des Kommissionärs abhangenden und oft schwer zu erweisenden Uebertragung Seitens des letzteren auf ihn bedarf (vergl. auch Würtemberger Entwurf Art. 160; Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland Tit. V Art. 8).

Auf vertretbare Sachen kann indessen ihrer Natur nach der gleiche Grundsatz nicht ohne Weiteres Anwendung finden. Es bleibt hier, anders als bei individuell bestimmten Sachen, objectiv zunächst noch ungewiß, ob der Kommissionär die angekauften Sachen gerade behufs Ausführung der betreffenden speziellen Einkaufskommission habe erwerben wollen. Deshalb ist es erforderlich, daß bei ihnen noch ein besonderes Moment hinzukomme, durch welches sie als Kommissionsgut individualisirt werden. Dies geschieht durch die Absendung an den Kommittenten, oder durch eine solche Absonderung, welche hinreicht, um sie als für den Kommittenten erworbene Sachen kenntlich zu machen.

Ein bloßer Vermerk in den Büchern des Kommissionärs (vergl. Allg. Gerichts-Ordnung Th. I. Tit. 50 § 302) kann aber hierzu nicht genügen, weil durch ihn eine äußerlich erkennbare Trennung nicht hervorgebracht wird. Ueberdies könnten solche Vermerke, wenn ihnen die Wirkung der Eigenthumsübertragung auf den Kommittenten beigelegt würde, leicht zu Kollusionen und betrüglichen Begünstigungen einzelner Gläubiger des Kommissionärs im Konkurse des letzteren gemißbraucht werden.

In den Verhandlungen der Nürnberger Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches erhoben sich viele Stimmen gegen den aufgestellten Grundsatz. Nach mannigfachen Abänderungsvorschlägen gelangte man endlich zu dem Beschlusse, jede Bestimmung über die Streitfrage fallen zu lassen.[1]) Das Handelsgesetzbuch spricht sich deshalb nur über die obligatorische Stellung des Kommissionärs aus.[2]) Es ist sonach die Frage: ob der Kommissionär das Eigenthum der in Ausführung einer Einkaufskommission erkauften Waare zunächst für sich erworben und daher auf den Kommittenten erst zu übertragen habe, eine offene geblieben und nach den allgemeinen Landesrechten zu entscheiden.

---

1) Vergl. R. v. Krämel, das Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch S. 494 ff. Koch, Komment. zum Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch S. 263 Note 1.

2) Art. 360. „Kommissionär ist derjenige, welcher gewerbmäßig in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schließt.

Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten ..."

Digitized by Google

Fassen wir nun den vorausgesetzten Fall näher ins Auge, so werden wir in der That keine so große Verschiedenheit zwischen demselben und dem oben zu C. aufgestellten finden. Auch hier läßt sich geltend machen, daß der Auftraggeber den Willen hat, das Eigenthum der bestimmten Sache zu erwerben, daß ebenso der Beauftragte Willens ist, die Sache in Ausführung dieses Auftrages für jenen zu erwerben, daß endlich der Wille des Dritten (des Veräußerers), wenngleich auf Eigenthumsübertragung an die ihm gegenüberstehende Person gerichtet, durchaus nicht hindern kann, daß im Augenblicke der Uebergabe an die letztere vermöge deren Willensrichtung die Sache sich zum Eigenthum des Auftraggebers gestaltet.

So bemerkt **Brunnemann**, com. in C. ad l. ult. si quis alteri (4, 50) unter Hinweisung auf die Glosse:

> ... si procurator meus vellet mihi acquirere, sed venditor in procuratorem vellet transferre dominium, mihi tamen quaereretur possessio et dominium, ut vult hic Glossa per l. 1 § 20 D. de acq. poss. [1])

Desgleichen **Gesterding**, Lehre vom Eigenthum S. 134:

> Es kann nicht für nöthig gehalten werden, daß der Veräußernde die Absicht hat, den Gewaltgeber zum Eigenthümer zu machen, wenn nur derjenige, welcher die Sache empfängt, die Absicht hat, sie nicht für sich selbst, sondern für denjenigen, der ihm zum Erwerb derselben den Auftrag machte, zu erwerben. Jener hat Eigenthum und Besitz aufgeben wollen, gleichviel, wer es erlangt haben mag; dieser hat Beides erworben, nicht für sich, sondern für einen Andern.

Für diese Ansicht erklärt sich auch entschieden v. **Scheurl** a. a. O. S. 212 f.:

> Will der Principal durch den Stellvertreter erwerben, der Trabent dagegen seinen Besitz und sein Eigenthum zunächst nur auf den Stellvertreter übertragen, ohne daß jedoch seine Traditionsabsicht ausschließend auf die Person des Stellvertreters gerichtet ist, so ist der Wille des Stellvertreters entscheidend; will dieser nicht für sich, sondern für seinen Prinzipal erwerben, so wird derselbe unmittelbar Besitzer und Eigenthümer ohne Wissen des Trabenten. Um durch Tradition zu erwerben, genügt zwar nicht der Wille des bisherigen Besitzers und Eigenthümers,

---

1) Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possumus acquirere. Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Vergl. über diese Stelle v. **Scheurl** S. 211 f.

Digitized by Google

sich des Besitzes und Eigenthums schlechthin begeben zu wollen; dadurch könnte nur ein originärer Erwerb des Apprehendenten vermittelt werden. Aber es genügt dazu der Wille des bisherigen Herrn der Sache, Besitz und Eigenthum *übertragen* zu wollen, ohne daß dazu eine bestimmte Richtung dieses Willens gerade auf die Person des Erwerbers gehört. Mehr verlangt auch die Natur der Sache nicht....

A verkauft an B eine Waare und händigt sie ihm ein, ohne zu wissen, daß B für den C die Waare einkauft und erwerben will. Da er doch jedenfalls die Möglichkeit voraussetzen muß, daß dieses der Fall sei, so kann man sagen, sein Wille, das Eigenthum der Waare an B abzutreten, schließt in der That den Willen in sich, dasselbe auch an den allenfallsigen Auftraggeber des B abzutreten; wesentlicher Inhalt desselben ist nur die Absicht, das Eigenthum zu Gunsten *eines* Andern aufzugeben in Gemäßheit des Willens desjenigen, mit dem er contrahirt, nicht aber es zu Gunsten gerade *dieses* mit ihm contrahirenden Individuums selbst aufzugeben. Hier erwirbt also C das Eigenthum unmittelbar, wenn B die Sache für ihn in Empfang nimmt.

Sehr richtig wird auch in den bereits oben mitgetheilten Motiven des Preuß. Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs gesagt:

> der Verkäufer komme durch den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache auf den Kommittenten in keine wesentlich schlechtere Lage, als in welcher er sich in dem Falle befindet, wenn der Kommissionair das Eigenthum erwirbt, solches aber sofort weiter veräußert, woran ihn doch der Verkäufer der Regel nach nicht hindern könnte.

In Uebereinstimmung hiermit wurde auch in der Nürnberger Conferenz [1]) hervorgehoben:

> Der dritte Verkäufer kann hier nicht in Frage kommen. Er hat das Eigenthum aufgegeben; es ist rechtlich für ihn gleich, ob der Kommissionär das Eigenthum sofort für den Kommittenten erwirbt, oder einen Augenblick später durch Traditionsform erst überträgt. Es ist schwer einzusehen, wie Anfechtungsgründe, z. B. dolus des Kommissionärs, das übertragene Eigenthum betreffen sollen, und welche Wichtigkeit von dem Standpunkte der Legislation und aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Umstand haben soll, daß der Verkäufer den Kommittenten nicht kennt; mit diesem ihm wildfremden Manne wird er überhaupt nichts zu schaffen haben, da er die Waare abgegeben hat. [2])

---

1) Protok. v. 26. Februar 1858 (172. Sitzung) Anlage B S. 1457.

2) Diese Ausführung ist gegen die Anlage A desselben Protokolles gerichtet, worin geltend gemacht war (S. 1452 f.): Dem Verkäufer wird in der Regel Jemand aufgedrungen, von dessen Existenz und Auftrage er nicht einmal eine Ahnung gehabt hatte; während er wähnte, zum Eigenthümer seiner Waare den A zu machen, hat er das Eigenthum unwissentlich auf B übertragen; die Anfechtungsgründe aus der Person seines Kontrahenten, z. B.

Digitized by Google

Außerdem wurde in der gedachten Sitzung [1]) mit Recht darauf hingewiesen: daß die Frage nach dem Eigenthumsübergang nur insoweit Interesse für den Kommissionär habe, als das Eigenthum zur Sicherung seiner Ansprüche diene; nun sei ihm aber ein Pfandrecht [2]) an der Sache zugestanden und doch wohl unzweifelhaft in in dem Sinne eines Faustpfandes, so daß also, wenn die Sache dem Kommissionär gegen seinen Willen abhanden käme, so wie, wenn der Kommittent in Konkurs verfalle, ihm diejenigen Rechte zuständen, welche das Partikularrecht einem Faustpfandgläubiger überhaupt zugestehe. Unter dieser Voraussetzung könne der Kommissionär keinen andern Willen haben, als die für den Kommittenten gekaufte Sache wie dessen Eigenthum, unbeschadet seines Pfandrechts, anzusehen, und müsse das constitutum possessorium in den Moment der Besitzerwerbung Seitens des Kommissionärs verlegt werden.

Bei diesen Erwägungen werden wir wohl kaum noch Anstoß daran nehmen können, daß, wie ein Mitglied der Nürnberger Conferenz [3]) bemerklich machte, „das Eigenthum nach der hier vertheidigten Meinung über den Kommissionär hinwegfliege." Dem dritten Veräußerer fehlt sowohl ein rechtliches Interesse, als auch die rechtliche Möglichkeit, das Eigenthum an den Kommissionär, der es für sich gar nicht haben will, wenn auch nur auf Momente, zu bannen. Hat er es einmal aus der Hand gegeben, so muß er, so wenig er die sofortige Weiterveräußerung hindern kann, auch geschehen lassen, daß der durch den Kommissionsvertrag bestimmte Wille des Kommissionärs, für den Kommittenten, also als dessen Stellvertreter, die Sache zu erwerben, unmittelbar mit dem Empfange zur Vollziehung kommt. Es

---

wegen dolus, werden ihm sofort vi legis entzogen, da das (vorgeschlagene) Gesetz das Eigenthum unmittelbar auf einen Dritten überträgt, ohne daß der eigene Kontrahent im Mindesten dazu mitgewirkt hat; statt des eigenen Kontrahenten tritt ihm hier wie überall eine wildfremde Person entgegen und zwar mit einem dinglichen Rechte, welches häufig weder er selbst, noch sein Kontrahent ihr haben verschaffen wollen.

1) Protok. S. 1442.

2) Art. 374 des Handelsgesetzbuchs: „Der Kommissionair hat an dem Kommissionsgut, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere der Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften..."

3) Protok. S. 1251 a. A.

Digitized by Google

ist dies ein Akt, an dem sein eigener Wille gar nicht mitzuwirken hat, dem er also auch nicht entgegenstehen kann. Die Tradition an den Kommissionär hat für den Dritten nur die Bedeutung einer solutio — der Erfüllung der allein zwischen ihm und dem Kommissionär bestehenden Obligation. Letzterer ist und bleibt der eigentliche Kontrahent, also der allein Berechtigte und Verpflichtete aus dem mit dem Dritten in eigenem Namen abgeschlossenen Geschäfte; allein dies hindert gar nicht, daß er zugleich im Verhältnisse zu dem Kommittenten gewissermaßen die Brücke bildet, auf welcher das durch das Geschäft Erworbene unmittelbar in dessen Vermögensbereich hinübergeleitet wird. [1])

---

1) Auch R. v. Kräwel a. a. O. S. 498 hält die hier vertretene Ansicht, wenigstens nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs, für gerechtfertigt. Er bemerkt:

Das Hauptgewicht des vom Abgeordneten für Bremen erhobenen Widerspruchs ist darauf gelegt, daß der Commissionär in eigenem Namen handle, also auch Eigenthümer des Commissionsguts werden müsse.

Dabei ist aber übersehen, daß das Commissionsgeschäft unzweifelhaft (vergl. Erläut. 1. zu Art. 361) seinem innersten Wesen nach ein Mandat ist, und daß der Commissionär zum Auftraggeber im Verhältnisse eines Mandatars zum Mandanten steht. Nun bestimmt aber Art. 52 des Handels-Gesetzbuchs, daß der Machtgeber auch dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird, wenn der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft dem Auftrag gemäß abgeschlossen hat, und daß es gleichgültig ist, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen ist. Hieraus folgt, daß auch der Auftraggeber, wenn der Commissionär den Einkauf dem Auftrage gemäß abschließt, in das Obligationsverhältniß dem Commissionär gegenüber selbst eintritt und das Eigenthum selbst erwirbt.

Zwar soll nach Art. 360 Abs. 2 durch die Geschäfte des Commissionärs derselbe Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet sein, zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber entstehen daraus keine Rechte. Diese Eigenthümlichkeit des Commissionsgeschäfts betrifft aber nur das Verhältniß des Commissionärs zum Dritten. Sobald der Verkäufer den Vertrag erfüllt und das Eigenthum aufgegeben hat, handelt es sich nicht mehr um das Verhältniß des Auftraggebers zum Dritten, sondern lediglich um das Verhältniß des Auftraggebers zum Commissionär, und für dieses ist Art. 52 anwendbar, so daß der Commissionär, wenn er dem Auftrage gemäß das Geschäft besorgt hat, nunmehr als Bevollmächtigter des Auftraggebers anzusehen ist, und nach dem Art. 52 das Eigenthum nicht für sich, sondern für den Auftraggeber erwirbt.

Lautete der Vollmachtsauftrag nach Art des Commissionsgeschäfts dahin, daß der Bevollmächtigte die Sache zwar in eigenem Namen, aber der Sache nach doch für den Machtgeber kaufen wolle, so kann es nach der Fassung des

Digitized by Google

Blicken wir nach diesen Erörterungen noch einmal auf den oben angeführten Plenarbeschluß unseres Ober-Tribunals zurück, so möchten wir doch wohl allen Grund haben, dessen Richtigkeit zu bezweifeln, so wenig auch bisher irgend ein Bedenken dagegen laut geworden ist.

Es sei nur noch auf zwei Punkte hingewiesen. Wenn in den Motiven die Unmöglichkeit der unmittelbaren Erwerbung einer Forderung aus einem von einem Andern für uns, aber in eigenem Namen geschlossenen Vertrage als Beweis der gleichen Unmöglichkeit des sofortigen Eigenthumserwerbes durch die in Folge eines solchen Vertrages an den Andern geleistete Tradition aufgestellt wird, so kann man hierin nur eine ungehörige Vermischung der Verhältnisse des Obligationenrechts mit denen des Sachenrechts finden. Ein obligatorisches Verhältniß kann seiner Natur

---

Art. 52 nicht zweifelhaft sein, daß der Bevollmächtigte das Eigenthum der auf seinen Namen gekauften Sache nicht für sich, sondern für den Machtgeber erwirbt.

Zwar legt Art. 52 Abs. 2 darauf Gewicht, ob die Umstände ergeben, daß das Geschäft nach dem Willen der Contrahenten, also beider Contrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte.

Man könnte daraus schließen, daß auch im vorliegenden Falle das Eigenthum nur dann auf den Auftraggeber übergehe, wenn der Verkäufer wußte, daß der Käufer nur in seiner Eigenschaft als Commissionär den Vertrag abschließe. Indessen kommt es auch beim Vollmachtsvertrage auf die Wissenschaft des Verkäufers nur in soweit an, als es sich um das Eintreten des Machtgebers in die Obligation dem Verkäufer gegenüber handelt. Diesem gegenüber kann der Machtgeber nur auftreten, wenn der Verkäufer wußte, daß sein Käufer nur Beauftragter des Machtgebers war. Handelt es sich aber nur um die Rechte und Pflichten, welche der Machtgeber nach Erfüllung des Auftrags gegen den Bevollmächtigten hat, so kann es nur auf das zwischen ihnen beiden deshalb Verabredete ankommen. Sollte also der Bevollmächtigte die Waare nur für den Machtgeber, wenn auch in eigenem Namen, kaufen, so erwarb der Bevollmächtigte, sobald der Verkäufer erfüllte, nicht für sich, sondern nur für den Machtgeber das Eigenthum nach dem Art. 52, obgleich die Rechte des Machtgebers nicht über die Person des Bevollmächtigten hinausgehen, und der Machtgeber auch nicht selbst gegen den Verkäufer auf Erfüllung klagen konnte.

Auch ist nach Art. 374 dem Commissionär ganz allgemein ein Pfandrecht am Commissionsgut gegeben und damit anerkannt, daß dasselbe nicht als sein Eigenthum gelten soll (vergl. übrigens auch Art. 298, nach welchem Art. 52 bei allen Vollmachten in Handelsgeschäften Anwendung finden soll).

Digitized by Google

nach immer nur Forderungen unter den in der Obligation stehenden Personen oder deren Rechtsnachfolgern erzeugen. Hier haben wir es aber mit dem Erwerbe eines absoluten Rechts — des Eigenthums — zu thun. Sind für eine in einem bestimmten Obligationsverhältnisse stehende Person in Folge dieses Verhältnisses die Voraussetzungen des Eigenthumserwerbes gegeben, so ist sie auch in der rechtlichen Lage, durch ihren bloßen Willen diesen Erfolg der Obligation — nämlich die ihr zum Eigenthum tradirte Sache — unmittelbar einem Andern, der auch seinerseits diesen Erwerb beabsichtigt, zuzuwenden. — Dies führt uns zugleich zu dem zweiten Punkte. Am Schlusse der oben mitgetheilten Motive ist gesagt:

> Es bedarf erst eines neuen Aktes, damit Besitz und Eigenthum von dem Empfänger auf den Machtgeber übergehe, wiewohl dieser Akt durch eine bloße Willenserklärung des Bevollmächtigten, namentlich durch ein constitutum possessorium geschehen kann.

Wenn hier anerkannt werden muß, daß der Eigenthumsübergang sich durch einen bloßen Willensakt des Bevollmächtigten vermittelt,[1]) also durch einen Akt, der ohne alle Mitwirkung des Tradenten sich vollzieht, so liegt es doch wahrlich sehr nahe, einen solchen Akt, dem Machtgeber gegenüber, schon in dem Kommissionsvertrage und dem in Ausführung desselben mit dem Dritten abgeschlossenen, durch die Tradition zur Vollendung gelangten Geschäfte zu finden. Es ist dies eine Ansicht, die, wie oben bemerkt,

---

1) Dies gibt auch Koch zu, indem er (im Komment. zu § 62 I 13 A. L. R.) bemerkt: Wenn der Trabent von dem Auftrage nichts weiß und den Bevollmächtigten für seinen Kontrahenten hält, oder wenn er überhaupt nur mit ihm selbst das Geschäft abschließen will, so ist jener Grundsatz (der Plenarbeschluß des Ober-Tribunals) nicht anzuzweifeln. Das Eigenthum wird in diesem Falle lediglich durch Tradition von dem Mandatar auf den Machtgeber übertragen und zwar auf Grund des Mandatsverhältnisses. Ein anderer Titel ist nicht vorhanden, und auch nicht nöthig, es bedarf also nicht etwa eines neuen Kontraktsabschlusses zwischen dem Mandatar und dem Machtgeber, sondern die Eigenthumsübertragung tritt in die Erscheinung durch die übereinstimmende Erklärung beider Theile, daß der Mandatar die Sache in Folge Auftrages des Machtgebers erworben und an diesen übergeben habe.

Digitized by Google

schon in den Berathungen der Nürnberger Conferenz angedeutet worden ist.

E. Die Tradition erfolgt an eine Person mit Rücksicht auf ihr dem Tradenten bekanntes Verhältniß als Stellvertreter eines Andern, während sie selbst die dem Tradenten nicht kund gegebene Absicht hat, für sich selbst zu erwerben.

Daß in diesem Falle die Treulosigkeit des Stellvertreters den Eigenthumserwerb für den Prinzipal nicht hindert, steht nach gemeinem Recht unzweifelhaft fest.

Julian. l. 37 § 6 D. de acq. r. d. (41, 1): ... Si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres: is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur...

Ulp. l. 13. D. de donat. (39,5): .... etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit: nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

Donell. com. de jure civ. Lib. V cap. 10 § 6: ... Sed si possessor tradat meo nomine, procurator autem apud animum suum sibi rem gesturus simpliciter accipiat nihil de voluntate sua testatus: mihi acquiritur possessio juxta Ulpiani sententiam, quamvis ille non solum hoc animo sit apud se, ut sibi acquirat, sed etiam apud alios testatus sit, se possessionem suo nomine acquirere velle.

v. Scheurl a. a. O. S. 212: Hat der Tradent den bestimmten Willen durch den Procurator dessen Mandanten zum Besitzer (und Eigenthümer) zu machen, so ist selbst der widerstrebende Wille des Procurators kein Hinderniß für den vom Tradenten beabsichtigten Erfolg der Tradition.

Pagenstecher, Pandekten-Praktikum (Heidelberg 1860) S. 145, 146: Ist der Punkt, daß der Empfänger ein bloßer Vertreter sei, dem Tradenten bekannt: so vermag auch der Wille des Empfängers für sich selbst zu erwerben, keinen Erfolg davonzutragen, da vielmehr der Tradent dem Vertretenen gibt, und gerade Letzteres auch zu Stande bringt, indem der Vertreter ja in der That die körperliche Funktion ausübt, als Erwerbs-Instrument dem Vertretenen zu dienen, und sein abweichender Wille, wie ein jeder bloß subjectiver Thatbestand, gar keine rechtliche Folge haben kann.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 12. November 1832: Was einem Mandatar in dieser seiner Eigenschaft abgeliefert worden, ist er dem Geschäftsherrn herauszugeben verbunden, ohne daß es darauf ankommt, ob er auch bei der Empfangnahme die Absicht gehabt habe, Besitz und Eigenthum der Sache für den Geschäftsherrn zu erwerben.

Seuffert, Archiv V Nr. 12.

Auch nach unserm Landrechte werden wir jenen Rechtssatz anzu-

Digitized by Google

nehmen haben, [1]) da derselbe keineswegs eine bloß positiv-rechtliche Natur hat. [2])

Hierbei ist aber immer vorausgesetzt, daß der Stellvertreter nicht seinen entgegengesetzten Willen bei der Tradition manifestirt.

> Donell l. c.:... Dicendum est, Juliani sententiae locum esse, cum de facto constat, id est, in voluntate aperta procuratoris, aut servi: Ulpiani autem sententiae in horum voluntate obscura, et tunc, cum meo nomine sibi traditum simpliciter acceperunt. Si quis ergo procuratori meo rem tradat nominatim meo nomine, procurator contra aperte et palam dicat, se suo nomine accipere, non alieno; nec consentiat, qui tradit, certi juris est, in hoc dissensu nihil transferri, aut acquiri (l. 55 D. de O. et A.). Quodsi nihil quaeritur, perspicuum est, nec mihi, nec alii quaeri posse.
>
> Struv, synt. jur. civ. Exerc. 41, th. 5: ... quaeritur quid dicendum, si alter quidem tradat rem, ut meam faceret, procurator autem suo nomine acceperat? Nihil agitur, seu propter dissensum nec procuratori, nec mihi acquiritur dominium.

Aus dem oben aufgestellten Grundsatze folgt zugleich, daß ein Ei-

---

1) Vergl. die Gründe des Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom 27. Mai 1842, worin gesagt ist: Die Person des Bevollmächtigten identificirt sich gleichsam mit der des Machtgebers, und Alles, was Ersterer bei Ausrichtung des Auftrages erwirbt, kommt dem Letzteren zu Gute. Alle Vortheile gebühren, wie der § 62 Tit. 13 Th. I des A. L. R. ausdrücklich vorschreibt, falls nicht etwas Anderes verabredet ist, dem Machtgeber; es ist dem Bevollmächtigten im § 63 verboten, den Auftrag dazu zu gebrauchen, sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vortheile zu verschaffen.. Wollte er seinem Machtgeber gegenüber für sich erwerben, so würde er dessen Vertrauen täuschen, und sich unerlaubte Vortheile aneignen. Aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte, A. L. R. Th. I Tit. 3 § 35.

Entscheid. B. 7 S. 376.

2) Anderer Meinung ist Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 134, welcher bemerkt: Abgesehen von positiven Gesetzen müsse man nach reinen Vernunftprinzipien sagen: Ein Bevollmächtigter, dessen wir uns bei rechtlichen Geschäften bedienen, ist nichts als ein Werkzeug in unserer Hand; nicht er ist es, welcher handelt; wir handeln in ihm. Sein Wille kann nur in sofern in Betracht kommen, als er dadurch fähig oder ungeschickt wird, für uns zu erwerben. Hat er die Absicht für sich selbst zu erwerben, so können wir durch ihn nicht erwerben, weil er dadurch aufhört, als unser Bevollmächtigter zu handeln. Daß der Veräußernde die Absicht hat, indem er ihm die Sache hingibt, das Eigenthum zu übertragen, darauf kann es nicht ankommen, weil seiner Absicht der Erfolg nicht entspricht.

Digitized by Google

genthumsübergang gar nicht stattfindet, wenn einem vermeintlichen Stellvertreter, der das Gegebene für sich behalten will, tradirt wird.

Wächter, Handbuch des Württ. Privatrechts II S. 746 Note 8: Wenn A sich fälschlich bei B für einen Beauftragten des C ausgibt, und darauf hin als Solcher für C ein Darlehen von B bekommt, das Geld aber für sich behält und verwendet, so ist hier gar kein Vertrag geschlossen und kein Eigenthum übertragen; nicht mit C, denn dieser weiß ja nichts von der Sache, nicht mit A, denn diesem wollte B nicht ein Darlehen geben und auf ihn nicht Eigenthum übertragen.

Die bisher erörterten Fälle betrafen die Stellvertretung dessen, der durch die Tradition Eigenthum erwerben soll. — Es bleibt jetzt noch ein besonderer Fall zu behandeln, der bei der Stellvertretung des Tradenten vorkommen kann, nämlich:

F. der Fall, wenn Jemand in der Eigenschaft als Stellvertreter seine eigene Sache tradirt, in der irrigen Meinung, sie gehöre dem von ihm Vertretenen.

Hierüber sprechen sich aus:

Ulp. l. 35 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

cfr. Paul. l. 15 § 2 D. de contr. emt. (18, 1): Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit. [1])

1) v. Scheurl S. 196, 197 bemerkt zu dieser Stelle: Wir haben hier eine Tradition durch einen Stellvertreter, wodurch der Auftrag des wirklichen Eigenthümers vollzogen wird, der aber dadurch über das Eigenthum des Stellvertreters verfügen will, über welches er kraft eines, mit ihm über die Sache abgeschlossenen Kaufvertrags verfügen zu können glaubt, während dieser Kaufvertrag, da er rem emtoris zum Gegenstande hatte, nichtig ist. Dürften wir die Erklärung des die Tradition Auftragenden auffassen als Erklärung, das Eigenthum überhaupt übertragen zu wollen, so müßte der Vollzug des Auftrags den Empfänger zum Eigenthümer der Sache machen. Allein ihr Gegenstand ist nicht das Eigenthum überhaupt, nicht der Eigenthumszustand der Sache, das objektive Eigenthum, sondern lediglich das aktive oder subjektive Eigenthum des Mandatars, welches gar nicht existirt, während der Auftraggeber sein wirklich existirendes Eigenthumsrecht nicht übertragen haben will. Dieses kann also auch auf den Empfänger nicht übergehen. Ebenso wenig kann aber auf denselben ein Eigenthumsrecht des tradirenden Stellvertreters übergehen; denn dieser will zwar sein Eigenthumsrecht übertragen, aber er hat das Eigenthumsrecht nicht, welches er zu haben meint. Der Mandant bleibt bei dieser Tradition Eigenthümer, der Empfänger erwirbt nur juristischen Besitz, der ihn aber allerdings durch Vollendung einer usucapio pro suo zum Eigenthümer machen kann.

Hierher gehört auch die schwierige l. 49 D. mand. (17, 1), über welche zu vergleichen ist: v. Scheurl S. 197 ff., Böcking, Pand. des röm. Privatrechts § 153 Note 38, Jhering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik II S. 149 ff.

Digitized by Google

v. Scheurl a. a. O. S. 193 ff.: Jedes Recht läßt sich von zwei Seiten ansehen: von der einen betrachtet ist es ein Verhältniß der berechtigten Person zum Rechtsobjekt, von der andern ein Verhältniß des Rechtsobjekts zur berechtigten Person, welches eigentlich nichts anderes, als ein bestimmter (Unterwürfigkeits-) Zustand des Objekts ist. Willenserklärungen, welche ein Recht zum Gegenstand haben, können sich auf die eine oder die andere jener beiden Seiten beziehen, sie können das Verhältniß der Person zum Objekt oder den Zustand des Objekts zu ihrem wahren Gegenstand haben. Wenden wir dies auf die Uebertragung des Eigenthums durch Tradition an, so werden wir uns leicht überzeugen, daß wenn auch die Willenserklärungen des Tradenten, wie des Empfängers beide „das Eigenthum" zum Gegenstand haben, dennoch offenbar beide Theile das Eigenthum von verschiedenen Seiten ansehen. Der Tradent faßt es von der Seite ins Auge, von welcher es Verhältniß der bestimmten Person zur bestimmten Sache ist; der Empfänger von der Seite, von welcher es Unterwürfigkeitszustand der Sache ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Empfängers hat nur den Sinn, daß er überhaupt Eigenthum haben, d. h. dieses Unterwürfigkeitsverhältniß der Sache an seine Person anknüpfen will, während es ihm ganz gleichgültig ist, wer bisher im Eigenthümerverhältniß zur Sache gestanden hat. Dagegen die (wieder ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung des Tradenten bedeutet, daß er sein oder aber seines Mandanten, Mündels u. s. w. Eigenthümerverhältniß zur Sache an den Empfänger überliefern will. Seine Erklärung hat also niemals das Eigenthum schlechthin zum Gegenstand, sondern stets das Eigenthum desjenigen, welchen er für den Eigenthümer hält; man könnte sagen: sie hat nicht das objective, sondern das subjective Eigenthum zum Gegenstand. Irrt er also in Beziehung auf das Subjekt des Eigenthums, so ist dies immer ein Irrthum über den wesentlichen Gegenstand seiner Willenserklärung selbst. Man meint, seine Erklärung bedeute, das Eigenthum überhaupt übertragen zu wollen: das des Mandanten, Mündels u. s. w. wenn dieser, ebensowohl aber sein Eigenthum, wenn er selbst Eigenthümer sei, im letztern Fall fehle es nicht an seinem Willen, sondern nur an dem Dasein des zufälligen Beweggrundes seines Willens. Dies ist aber eben irrig. Die Erklärung desjenigen, der diese Sache für das Eigenthum seines Mandanten hält, das Eigenthum der Sache an den A übertragen zu wollen, ist, wenn der Mandant nicht ihr Eigenthümer ist, sondern ein Anderer, etwa er selbst, ebenso gut eine Erklärung ohne Willen, wie wenn er dabei zwei Sachen selbst mit einander verwechselte und diejenige tradirte, welche er nicht tradiren will. Er hat nur das Eigenthum seines Mandanten übertragen wollen, kein anderes, also auch nicht das seinige, wenn er Eigenthümer war. Für ihn ist der Irrthum über das Subjekt des Eigenthums stets ein den Willen ausschließender, wesentlicher Irrthum.

Ihering in seinen und v. Gerber's Jahrbüchern für die Dogmatik II (1858) S. 152 f.: Der wahre Eigenthümer tradirt

Digitized by Google

die Sache im Namen des putativen, ohne sein Eigenthum zu kennen.

Der Anlaß zu der Tradition kann ein mannigfaltiger sein, er kann liegen in einem Auftrag des P.[1]) (dem würde gleichstehen die Ratihabition der von E. als unbeauftragtem Geschäftsführer vorgenommenen Veräußerung), in einem Amt (wenn E. als Vormund oder als Beamter die ihm gehörige Sache im Namen des Mündels oder Staats veräußert), oder in einem Recht (E. veräußert als Pfandgläubiger des P.). In allen diesen Fällen hat E. die Absicht, als Stellvertreter des P. dessen vermeintliches Eigenthum zu übertragen, sein und des Käufers Wille ist mithin gar nicht auf das eigene Eigenthum des E. gerichtet. Daraus, daß er das seinige hätte übertragen können und, wenn er, wie der Mandatar nach römischem Recht, persönlich verpflichtet wird, es hätte sollen, folgt noch nicht, daß er es gewollt hat; ohne diesen Willen aber geht das Eigenthum nicht über. Es handelt sich hier also um einen, mit Savigny gesprochen, unächten Irrthum, d. h. es ist nicht sowohl der Irrthum, als die Abwesenheit des Willens, welche die Wirkung des Rechtsgeschäfts ausschließt; derselbe Erfolg würde mithin auch dann eintreten, wenn der Tradent sein Eigenthum kannte.

Das römische Recht hat diese in der Natur der Sache begründete Behandlungsweise in mehren Stellen anerkannt. Dahin gehören die l. 36 de A. R. D. (41, 1), l. 15 § 2 de cont. empt. (18, 1) und unsere l. 49 mand.

Dernburg, das Pfandrecht II (Leipzig 1864) S. 181 f.: Es kann sich ereignen, daß der Pfandgläubiger irrthümlich den Verpfänder für den Eigenthümer der Sache hielt, die er als Pfand verkauft, während er selbst der Eigenthümer ist. Welche Rechte erhält hier der Käufer durch die Tradition? Man könnte meinen Eigenthum. Der Gläubiger hatte die Fähigkeit, die Pfandsache zu veräußern, auch an der entsprechenden Absicht scheint es ihm nicht zu fehlen. Gleichwohl ist dies nicht der Fall. Der Gläubiger hatte nicht den Willen, seine Sache aufzugeben, in der Qualität als Eigenthümer zu handeln. Er erklärt nichts Anderes, als daß er das Eigenthumsrecht des Verpfänders kraft der ihm zustehenden dinglichen Macht zu Gunsten des Pfandkäufers vernichte. Die eigenen Eigenthumsrechte, die ihm zustanden und die ihm unbekannt geblieben waren, hat er also hiermit nicht übertragen. Noch weniger kann die Rede davon sein, daß der Pfandkäufer nachträglich Eigenthümer wird, wenn der Gläubiger eine ihm verpfändete, aber dem Verpfänder nicht gehörende Sache als Pfand verkauft hat und selbst nach dem Verkauf dem wahren Eigenthümer succedirt oder von demselben beerbt wird. Damit die Tradition Eigenthum übertrage, muß der Tradent bereits im Moment des Vollzugs des Acts Fähigkeit zur Veräußerung haben. Dennoch gestattete man in diesen Fällen dem Gläubiger-Eigenthümer die Durchführung der Vindication gegen den Käufer und dessen Successoren nicht mehr. (l. 10 D. de distr. pig. 20, 5) ...

1) Es wird hier der Possessor und putative Eigenthümer P. und der Eigenthümer E. genannt.

Digitized by Google

4. „Gesetze und rechtliches Erkenntniß."

Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht S. 180: Die Klage und Einrede aus dem Judicat basirt nicht mehr auf das alte Rechtsverhältniß, sondern lediglich auf das rechtskräftige Urtheil. Dies ist auch die Bedeutung von § 2 d. T. Es bedarf nicht mehr des Beweises für das Recht selbst, der, wenn er auch früher gelungen, später mißlingen könnte.

Baron, a. a. O. S. 89 f.... Das Gesetz [1]) ist der Grund der Tradition in dem Falle, wo jemand, um seiner Alimentationspflicht gegenüber einem Verwandten zu genügen, Geld oder Sachen diesem zum Eigenthum überträgt; ferner dann, wenn Jemand, der zur Dotation oder Beerdigung einer verwandten Person verpflichtet ist, eine Eigenthumsübertragung vornimmt; endlich dann, wenn in einem Prozesse der Producent einem Zeugen die ihm durch Ablegung des Zeugnisses erwachsenen Kosten und Schäden erstattet. — Nicht hierher zu rechnen ist der Fall der Expropriation. Das Gesetz verpflichtet hier nicht sowohl zur Eigenthumsübertragung, als zur Abschließung eines Kaufvertrages, und erst auf Grund dessen ist der Expropriirte verpflichtet, das Eigenthum an der expropriirten Sache zu übertragen. Dagegen können hierher die Fälle der Deliktsobligationen gezogen werden, wenn man es nicht vorzieht, den § 2 d. T. für unvollständig zu erklären und ihn durch den Zusatz „unerlaubte Handlungen" zu ergänzen.

Das richterliche Urtheil kann in zweifacher Beziehung einen Titel zur Eigenthumsübertragung abgeben: einmal insofern, als es einen zwar vorhandenen, aber doch unter den Parteien streitigen Titel als zu Recht bestehend erklärt, [2]) dann aber insofern, als es erst einen Titel, der bisher noch nicht vorhanden war, begründet. In ersterer Beziehung könnte man die Qualität des richterlichen Urtheils als Titel abläugnen wollen, allein es giebt jedenfalls einen Gesichtspunkt, von welchem aus das Gegentheil anzunehmen ist: das ist die Verjährung durch Nichtgebrauch (dies wird näher ausgeführt)... Die Fälle, wo das richterliche Urtheil den Titel zur Uebergabe erst begründet, sind dann vorhanden, wenn es ungerecht ausgefallen oder wenn es in einem Theilungsverfahren ergangen ist...

---

1) Vergl. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I (Berlin 1864) S. 118, 119: Das A. L. R. stellt drei Titel auf: Gesetz, Willenserklärung, gerichtliches Erkenntniß. Es ist gerade hier die Schwäche der Theorie einleuchtend, denn nicht auf gleicher Stufe neben Willenserklärung und richterlichem Ausspruch steht das Gesetz, welches vielmehr auch für jene beide der allgemeine Grund ist, aus dem sie die Kraft schöpfen, Rechte erzeugend zu wirken, es wäre also in diesen Fällen ein doppelter, ein entfernterer und näherer Titel anzunehmen, was gleichwohl nicht geschieht, indem das Gesetz nur da als Titel angesehen wird, wo nicht noch eine besondere Willenserklärung oder richterliche Entscheidung vorliegt, bei dem s. g. unmittelbaren Erwerbe.

2) Vergl. l. 8 § 4 D. si serv. vind. 8, 5: — quia per sententiam (judicis) non debet servitus constitui, sed quae est declarari.

Digitized by Google

§ 3. Diese Vorschrift, welche nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes ist: [1] „Niemand kann dem Andern mehrere Rechte übertragen, als er selbst besitzt" [2] (Einl. zum A. L. R. § 101), bestimmt zugleich die Richtung des Eigenthumsbeweises für denjenigen, der sich auf einen mittelbaren Erwerbstitel stützt. [3])

Ulp. l. 20 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert. Si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

Jd. l. 11 § 2 D. de act. emt. (19, 1): Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum....

Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. edit. V. (Hal. 1785) §496: ... Ceterum quoad hanc acquisitionem et hoc addendum: transferentem dominium in alium dominum esse, ad hanc acquisitionem ita requiri, ut, si talis non sit, per eam non nisi possessio civilis, sive bonae, sive malae fidei, acquiratur...

Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 126: Soll durch Tradition Eigenthum erworben werden, so ist insbesondere auf Seiten des Uebergebenden erforderlich, daß er Eigenthümer sei, und die Fähigkeit habe, die Sache zu veräußern. Eine Uebergabe, die Jemand vornimmt, in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, hat diese Wirkung nicht, wenn er selbst nicht Eigenthümer ist, weil Niemand auf einen Andern ein Recht übertragen kann, was ihm nicht zusteht.

Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipzig 1857) S. 30: Die Tradition überträgt nur dann Eigenthum, wenn der Tradent Eigenthümer ist. So das röm. Recht; von derselben Anschauung

---

1) Vergl. Dr. Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchsverfassung auf das Sachenrecht S. 30, 31.

2) Ulp. l. 54 D. de R. J.: Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Paul. l. 175 § 1 eod.: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit.

3) Ueber diese von den Lehrern des gemeinen Rechts vielfach behandelte Streitfrage ist zu vergleichen:

Thibaut, im Archiv für die civil. Praxis VI S. 311 ff.
Unterholzner, ebend. VII S. 233 ff.
Henschel, ebend. IX S. 316 f.
v. Falkenstein, ebend. X S. 226.
Heimbach in Weiske's Rechtslex. XIII S. 93 f.
Brinz, Lehrb. der Pand. S. 67.
Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. III § 11.

Digitized by Google

scheint das germanische Recht auszugehen, denn es wird gesagt, daß es nicht genügt, wenn der Erwerber seinen Vorbesitzer nennt, es muß vielmehr auf die ganze Reihe der Vorbesitzer zurückgegangen werden bis auf einen gewissen Punkt. Auf dem Standpunkte der Erwerblehre kann nun nicht eher Halt gemacht werden, bis man auf den wahren Eigenthümer trifft. Aber die Quellen bestimmen diesen Endpunkt ganz anders: man soll so lange zurückgehen, als bis man auf den kommt, der das Vieh in seinem Stalle aufgezogen oder das Gewand selbst gemacht hat. Nun sind aber Specification und Fruchtgewinn nicht als Erwerbarten behandelt, mithin ist es auch die Tradition nicht, deren Wirksamkeit auf jene Thatsachen zurückgeführt wird.

Der im § 3 aufgestellte Grundsatz findet sich auch in neueren Gesetzgebungen ausgesprochen.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 423. „Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Anderen übergehen.“ [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 254. „Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, daß der Uebergebende... das Eigenthum der Sache hat...

Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch § 646. „Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes...“

Uebrigens erlangt die Tradition Seitens eines Nichteigenthümers volle Wirksamkeit, wenn derselbe nachträglich das Eigenthum erwirbt.

Ulp. l. 17 D. de evict. (21, 2): Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit. Improbe enim rem a se distractam evincere conatur ...

Jd. l. 1 pr. D. de except. rei vend. (21, 3): Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac te exceptione recte repellendum.

Papin. l. 42 D. de usurp. (41, 3): Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti, rem dotis esse, venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem juris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.

Marcian. l. 17 D. de fundo dot. (23, 5): Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit: si matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest.

Bürgerliches Gesetzbuch für das K. Sachsen § 254. „Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, daß der Uebergebende.. das Eigenthum

1) Vergl. § 442. „... Ueberhaupt kann niemand einem Anderen mehr Recht abtreten, als er selbst hat.“

Digitized by Google

der Sache hat oder *später erwirbt... Erwirbt der Uebergebende erst nach der Uebergabe das Eigenthum, so geht dasselbe vom Zeitpunkte dieser Erwerbung an auf den Empfänger über.*"

Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts I (Leipzig 1862) S. 240, 241: Die von einem Nichteigenthümer vorgenommene Tradition war durchaus und für immer zu Begründung eines Eigenthumsrechts untauglich, sie erhielt keineswegs nachträglich Gültigkeit, wenn der Tradent hinterher Eigenthümer wurde. Es fehlte eben im Moment der Erklärung die Dispositionsfähigkeit des Tradenten, nach Erlangung der Verfügungsmacht aber die Gewißheit der Fortdauer des Uebertragungswillens. Doch betrachtete man es frühzeitig als unzulässig, wenn der Eigenthümer, welcher die Sache vorher verkauft oder in anderer Weise ein Aequivalent erhalten hat, dem Käufer eine Sache, die er ihm selbst tradirt hatte, entreißen wollte. Der Prätor schützte den Käufer, *so lange er sich im Besitz erhielt, gegen den vindicirenden Verkäufer und dessen Successoren* durch eine exceptio rei venditae et traditae. Ohne Schwierigkeit gesellte sich zu dieser Einrede ein Klagrecht des bona fide Kaufenden im Fall des Besitzverlustes. Es stand ihm ohnehin Publiciana in rem actio gegen schlechter titulirte Besitzer zu: man räumte ihm diese Klage auch gegen den Verkäufer und dessen Successoren ein, indem man deren exceptio dominii durch eine replicatio rei venditae et traditae aus dem Felde schlug. Dem Käufer dagegen, welcher das Nichtrecht seines Verkäufers im Augenblick der Tradition kannte, fehlte die actio Publiciana, er entbehrte demnach im Fall eines Besitzverlustes jedes Klagrechts, auch wenn der Tradent nachträglich Eigenthum erworben hatte.

Offenbar ist die Form des Schutzmittels des Käufers und des Pfandgläubigers eine sehr verschiedene, dort die Publiciana in rem actio mit der replicatio rei venditae et traditae, hier sofort eine utilis actio hypothecaria. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß das römische Recht, trotz dieser Verschiedenheit der Form die Befugniß beider Erwerber, die sich auf gleiche Gründe der Billigkeit stützen, nach denselben Principien zu bilden suchte.

Vergl. auch *Unger*, System des österr. allg. Privatr. II S. 156 Note 65.

---

§ 4. Vergl. die Pandektenstellen zu § 60 Tit. 7 Th. I A. L. R. (B. IV S. 473 dieser „Beiträge"). [1])

---

1) In Betreff der dort angeführten l. 52 § 2 D. de acq. poss. (41, 2) ist nachträglich zu verweisen auf *Gustav Lenz*, das Recht des Besitzes (Berlin, 1860) S. 174 ff.

Digitized by Google

Literatur.

7.

Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Von **Franz Förster**, Dr. d. R. Appellationsgerichtsrath zu Greifswald. I. Band. (1ste Hälfte, die Einleitung und die Grundbegriffe enthaltend.) Berlin 1864. Druck und Verlag von Georg Reimer.

Dieses, in seiner ersten Abtheilung vorliegende Werk dem juristischen Publikum vorzuführen, möchten unsere „Beiträge" vorzugsweise berufen sein, da sie sich wohl einer geistigen Verwandtschaft mit demselben rühmen dürfen — es ist dies das gleiche Streben, die Theorie mit der Praxis in eine fruchtbringende Verbindung zu bringen und das gemeinsame Ziel, die im gemeinen Rechte fortarbeitende Wissenschaft auch unserem preußischen Rechte dienstbar zu machen und eben dadurch auf dessen wissenschaftliche Behandlung und Fortbildung hinzuwirken. Sehr gut spricht der Verfasser den Gesichtspunkt, der ihn bei der Herausgabe seines Werkes geleitet hat, dahin aus: „Für die Bearbeitung der einzelnen deutschen Landesrechte ist es in doppelter Hinsicht unabweisbar, das gemeine Recht nicht bloß zu einer äußerlichen Vergleichung zu benutzen, sondern als Grundlage zu nehmen: einmal für die Erkenntniß der Landesrechte selbst, um dadurch nachzuweisen, daß sie nur Zweige an ein und demselben Stamme sind, aus dem sie fort und fort ihre Nahrung ziehen; sodann für das gemeine deutsche Recht, welches in ihnen eine eigenthümliche Gestaltung, eine Art von Abschluß erlangt hat, der nothwendig auf seine fernere Entwicklung zurückwirkt. Es ist auch in neuerer Zeit immer mehr erkannt worden, daß die Auffassung, es seien die Landesrechte isolirte Schöpfungen freier Gesetzgebung, die Rechtsbildung auf beiden Gebieten nicht fördert. Aber soll diese innige Verbindung des gemeinen mit den Landesrechten wirklich fruchtbringend werden, so muß sie selbst eine fortschreitende sein; es darf das Landesrecht nicht nur aus dem Standpunkt erörtert werden, den das gemeine zur Zeit der Gesetzgebung darbot, es muß vielmehr auch die spätere Entwicklung des letzteren, für die des Landrechts nutzbar gemacht werden. Oder man verzichte auf die weitere Entwickelung des letzteren, stelle es außer den Fluß der Geschichte und gebe es dem Absterben Preis. Denn das ist nun einmal nicht zu leugnen, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft und Praxis, weil sie weniger durch den Buchstaben gebunden ist, sich mannigfaltiger, freier, kühner entfalten kann, daß das Leben in ihr ein frischeres, die Erfolge reicher und unmittelbarer sind. Wäre auch aus ihr nicht positive Bereicherung für die einzelnen Rechtssätze zu gewinnen, schon daß man Theil nehme an diesem frischeren Geiste, muß der Wissenschaft der Landesrechte reichen Gewinn bringen. Zwar wird hierbei sich oft ergeben, daß die Landesgesetzgebung einen von der

Digitized by Google

heutigen Wissenschaft längst verlassenen oder überwundenen Standpunkt festgehalten, daß sie Sätze aufgenommen hat, die heute als Irrthümer erkannt sind. Selbst solche Erkenntniß ist unstreitig ein großer Vortheil. Andererseits aber wird man auch oft zu der Einsicht gelangen, daß Bestimmungen des Landesrechts einen tieferen Grund haben, während man bisher sich bei der Annahme beruhigte, daß sie Schöpfungen einer willkürlichen Reflexion seien. Hierzu hilft wesentlich die neuerdings mit Vorliebe und Erfolg unternommene dogmengeschichtliche Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute, deren Ergebnisse darauf hingeführt haben, daß Vieles, was bisher als Mißbildung verworfen wurde, als Fortbildung erwiesen ist, die in nationalen und modernen Bedürfnissen ihre Rechtfertigung findet."

In diesem Geiste hat der Verfasser es unternommen, „das heutige preußische Recht von dem Standpunkt der heutigen Wissenschaft zu erörtern," jedoch mit Ausschluß „derjenigen Gebiete, welche jetzt nicht mehr den Charakter des preußischen Rechts haben, sondern Preußen mit Deutschland gemeinsam sind: des Handels-, Wechsel- und Seerechts." Er schließt sonach sein Vorwort mit der doppelten Hoffnung, „Etwas beigetragen zu haben zur Erreichung des Zieles, die preußische Rechtswissenschaft und Praxis in nähere Beziehung zur gemeinrechtlichen zu bringen, und den preußischen Juristen, von denen ein großer Theil fern von aller Berührung mit der fortschreitenden Wissenschaft in entlegenen Provinzialstädten sein Amt verwalten muß, eine Gabe zu bieten, die ihm diese Fortschritte zugänglich macht, die in der Ausbildung begriffenen jungen Männer aber darauf hinzuführen, daß, wie Savigny in seiner Vorrede zum System so wahr sagt, der Sinn für die Wissenschaft im praktischen Geschäft selbst stets lebendig bleiben muß, daß die bloße Gewandtheit und Leichtigkeit in der Auffassung und Beurtheilung einzelner Rechtsfälle — wie schätzenswerth diese Eigenschaft auch sein mag — doch nicht gegen Oberflächlichkeit sichert, diese vielmehr nur durch ein ernstes, gewissenhaftes unablässiges Studium der Wissenschaft vermieden werden kann." — Wir haben den Verfasser, wie sich gebührt, zunächst selbst über den Standpunkt und die Tendenz seines Werkes reden lassen und können ihn nunmehr sowohl in Betreff der Anlage, als der Durchführung seines Planes unserer vollsten Zustimmung versichern und das feste Vertrauen aussprechen, daß das Werk, als eine hervorragende Erscheinung in unserer Literatur, von allen Freunden unserer Wissenschaft willkommen geheißen werden wird.

Die vorliegende erste Abtheilung des 1. Bandes gibt uns nach einer gedrängten historischen Einleitung im ersten Buche (der den jetzt veröffentlichten Theil des Werkes ganz ausfüllt), „die Grundbegriffe," nämlich im ersten Theile „das Recht" und im zweiten (bei weitem umfassenderen) „die Berechtigung." Aus dem ersteren Theile sind besonders hervorzuheben die §§ 10 und 11, — behandelnd die zeitliche und die örtliche Begränzung der Anwendbarkeit der Gesetze — worin diese wichtige und schwierige Materie, unter sorgfältiger Hinweisung auf das, was das Gesetz, sowie die Theorie und Praxis darüber bieten, in gedrängter und doch erschöpfender Uebersicht dargelegt wird. — Der zweite Theil hat zum Gegenstande „das Rechtssubjekt, die Person" (§ 19), „das Rechtsobjekt" (§§ 20—22) und „die rechtliche Beziehung des Rechtssubjekts auf das Objekt." Die letztere wird in drei Abschnitten dargestellt, nämlich im 1. „die allgemeine Natur dieser Be-

Digitized by Google

ziehung," (§ 23), im 2. die „Ursachen der Berechtigungen" §§ 24—46) und im 3. der „Schutz der Berechtigung" (§§ 47—60). Von besonderer Wichtigkeit ist der zweite Abschnitt, welcher uns in besondern Unterabtheilungen vorführt: „die Handlung und Willenserklärung, Rechtsgeschäfte" (A. die Willensfähigkeit, B. der Willensentschluß, C. die Willensäußerung — Arten, Inhalt, Form der Rechtsgeschäfte) und „die Thatsachen — Zeitablauf" (Berechnung der Zeit, Verjährung). — Sehr dankenswerth sind auch die im dritten Abschnitte enthaltenen Erörterungen über Klage, Einrede, Beweis, Urtheil, Verlust des Klage- und Einreberechts und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — es sind dies Materien, über welche der Verfasser sich bereits früher in sehr gediegener Weise ausgesprochen hat. — Jedem Paragraphen ist mit sorgfältiger Auswahl die betreffende Literatur vorangestellt, wovon in den Noten die näheren Nachweisungen gegeben werden. Daß diese bis in die neueste Zeit fortgeführte Literatur auch in der Darstellung selbst überall die gehörige Berücksichtigung gefunden hat, verleiht dem Werke einen unverkennbaren Vorzug vor den Schriften Koch's. Wir schließen uns in dieser Hinsicht der treffenden Bemerkung unseres Verf. in seinem Vorworte mit voller Ueberzeugung an: „Trotz mancher tüchtiger Pflege, die dem preußischen Privatrecht zugewendet worden, darf man sich doch der Einsicht nicht verschließen, daß die preußische Rechtswissenschaft sich auf dem Standpunkt der gemeinrechtlichen noch nicht befindet. Denn wie hoch man auch die Verdienste Koch's um dieselbe schätzen mag, wahr ist es doch, daß er im Wesentlichen auf dem wissenschaftlichen Standpunkt der dreißiger Jahre stehen geblieben. Selbst die neuesten Auflagen seiner Schriften bringen in dieser Hinsicht keinen Fortschritt, sie enthalten Nichts von den Bewegungen, die seitdem in der deutschen Jurisprudenz hervorgetreten, Literatur und Praxis derselben sind großentheils unbeachtet geblieben, weder hat er die germanistischen Elemente in unserem Gesetzbuch, noch die Gestaltung, die das römische Recht als gemeines deutsches im Laufe der Zeit erhalten, überall richtig gewürdigt." [1]) Der ebengedachte Vorzug ist es zugleich, der uns berechtigt, das hier besprochene Werk dem mit wohlverdientem Lobe von uns gedachten „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts von Dr. Joseph Unger" [2]) an die Seite zu stellen, zumal beide dem ganz gleichen Streben, der so überaus schädlichen Abtrennung des particulären Landesrechts von der gemeinrechtlichen Wissenschaft entgegenzuarbeiten, ihre Entstehung verdanken.

Wie wir hören, wird das ganze Werk Förster's drei Bände umfassen; die noch in diesem Jahre zu erwartende zweite Hälfte des 1. Bandes soll

1) Es ist dies dieselbe Klage, welche Dr. Samhaber in seiner Schrift „Zur Lehre von der Correalobligation im röm. und heutigen Recht" (Erlangen 1861) erhebt, indem er S. 203 Note 3 bemerkt: „Zu bedauern ist, daß Koch in der zweiten Ausgabe des „Recht der Forderungen" (1859) die jüngste Literatur des gemeinen Rechts so gar nicht beachtet hat. Die Uebersicht der Schriften über Correalobligationen (II S. 5) nennt die nahebei verschollenen Dissertationen von Frommann, Becker, Densky, beschließt aber die verzeichnete Literatur mit Appelius u. v. Schröter (1833). Von der lebhaften Bewegung der letzten zehn Jahre ist keine Notiz genommen. Selbst v. Savigny bleibt an der angeführten Stelle ungenannt und wird im Verlaufe der Darstellung nur einmal flüchtig berührt."

2) Vergl. die Anzeige in diesen „Beiträgen" IV S. 510 f.

Digitized by Google

den allgemeinen Theil des Obligationen-Rechts, der 2. Band den speziellen Theil des Obligationen-Rechts und das ganze Sachenrecht und der 3. das Familienrecht, das Erbrecht und das Gesellschaftsrecht enthalten.

Möge es dem hochgeschätzten Verfasser nicht an Muße und geistiger Rüstigkeit fehlen, sein begonnenes Werk zur baldigen Vollendung zu bringen.

Dr. J. A. Gruchot.

8.

Handbuch des Handelsrechts. Von Dr. L. **Goldschmidt**, a. o. Professor der Rechte in Heidelberg. Erster Band, erste Abtheilung, enthaltend die geschichtlich-literärische Einleitung und die Grundlehren. Erlangen. Verlag von Ferdinand Enke. 1864.

Die durch den Auszug in Nr. 16 Seite 61 der Deutschen Gerichts-Zeitung de 1864 rege gemachte Erwartung auf das angekündigte Werk des ausgezeichneten Vorkämpfers für die Handelswissenschaft ist erfüllt, wenngleich quantitativ nur zum Theil, indem uns nur ein Stück des Ganzen dargeboten ist. Der Verfasser hat jedoch das Erscheinen der zweiten Abtheilung des ersten Bandes in nahe Aussicht gestellt und seine ungewöhnliche Arbeitskraft wird hoffentlich nicht zu lange auf die Vollendung des ganzen Werks warten lassen, obwohl dieses, nach dem Plane, wie derselbe aus dem vorliegenden Theile zu erkennen ist, an Umfang die bisherigen Produkzionen auf dem Boden des geltenden Handelsrechts weit übertreffen muß. Das in dem Aufsatze*) Seite 86 (Nr. 22) a. a. O. gespendete Lob müssen wir in vollem Maaße bestätigen, theilen jedoch auch das gleichzeitig geäußerte Bedenken in Betreff der Oekonomie des Werkes. Man könnte zunächst mit dem Autor wegen der gewählten Bezeichnung „Handbuch" rechten. Das Buch ist kein Handbuch im Sinne eines aparaten Mittels zur Erlangung von Auskunft behufs Ausfüllung von Lücken des Wissens und Beseitigung von Zweifeln, oder eines Wegweisers auf dem Gebiete des Handelsrechts, oder einer bloßen Anleitung zur Erlernung desselben, sondern es ist ein vollständiges System des Handelsrechts, weit hinausreichend über die Grenzen der Gesetzgebung und emanzipirt von der Legal-Ordnung der Artikel im Handelsgesetzbuche. Es bedarf daher einer genauen Kenntniß von dem Inhalte des Werkes um in demselben sich zu orientiren und daraus die Auskunft und Belehrung zu schöpfen, welche dem Suchenden allerdings geboten wird. Die Erwerbung dieser Kenntniß ist aber — und hierauf bezieht sich das obgedachte Bedenken — durch die Vertheilung des massenhaften Stoffs in den Text und die Noten erheblich erschwert. In letztere sind wichtige, zum Verständnisse des Textes unentbehrliche Bemerkungen und umfängliche Ausführungen verwiesen; sie dürfen daher nicht übergangen werden; durch ihre

*) Verfasser desselben ist der, insonderheit durch seine Beurtheilung der Ober-Tribunals-Entscheidungen als juristischer Schriftsteller bekannte, Stadt- und Kreisrichter R. Koch zu Danzig.

Digitized by Google

Lesung aber verliert man leicht den in den Text eingewobenen Faden und muß zu dessen Wiederauffindung oft weit zurückgehen. — Hiermit soll aber nicht die Meinung ausgesprochen sein, daß es der Darstellung an und für sich an Deutlichkeit fehle. Denn in der gegenwärtigen, wie in allen schriftstellerischen Leistungen des Verfassers, ist Korrektheit des Ausdrucks mit Einfachheit des Styls und Klarheit des Gedankens vereinigt. — — Den bei der Ausarbeitung eingenommenen Standpunkt bezeichnet der Verfasser durch die Bemerkung, daß er bestrebt gewesen sei, das Handelsrecht auf der Grundlage des Handelsgesetzbuchs darzustellen, dabei auf die geschichtlichen Quellen zurückzugreifen und so in genetischer Entwicklung den Nachweis zu führen, wie weit die Uebereinstimmung im Recht der Europäischen Völker ruht, wo verschiedene Grundanschauungen bestehen, oder trotz gemeinsamer Grundlage abweichende Rechtssätze zur Geltung gelangt sind. Zugleich wird mit Recht darauf hingewiesen, daß, nachdem die Gesetzgebung die Richtung, den Handelsverkehr von dem unvermittelten bürgerlichen Verkehr durch besonderes Recht scharf zu sondern, eingeschlagen habe, der Wissenschaft obliege, die Grenzen mit möglichster Genauigkeit und unter Berücksichtigung und Verwerthung der wirthschaftlichen Grundbegriffe zu kennzeichnen. —

Anlangend die vorliegenden Bestandtheile des Werks, so sind an die Spitze der Einleitung die Begriffsbestimmungen von Handel, Handelsstand, Handelssache und Handelsrecht gestellt. Die nähere Erörterung des Begriffs „Handelssache" findet sich im §§ 44 in Verbindung mit Note 3 (Seite 340 folg.). Das Handelsgesetz-Buch hat die Definizion dieses Begriffs der Wissenschaft und Praxis überlassen, obwohl — wie der Verfasser hervorhebt — durch die Feststellung des fr. Begriffs das Geltungsgebiet des Handelsgesetzbuchs und des Handelsrechts überhaupt gegen das bürgerliche Recht abgegrenzt wird. Die hieraus folgende Wichtigkeit dieser Feststellung leidet auch da keine Einbuße, wo — wie in Preußen — die Einführungsgesetze eine spezielle Aufzählung der Rechtsangelegenheiten, welche als Handelssachen gelten sollen, unternommen haben, denn solche Aufzählung kann nicht als erschöpfend gelten, wenn man nicht diesen Einführungsgesetzen — der Absicht des Gesetzgebers selbst entgegen — derogatorische Kraft vindiziren will. Es bezeichnet nun der Verfasser als Handelssachen alle diejenigen *Rechtsverhältnisse*, welche ausschließlich oder vorzüglich bei Eingehung, Erfüllung oder Nichterfüllung, bei Gelegenheit oder zum Zwecke des Betriebes von Handelsgeschäften vorkommen, insofern und insoweit sie *eigenthümlichen* Rechtsnormen unterliegen (Seite 3. §. k.). Dieser Begriffsbestimmung dürfte, wenngleich es ihr an Einheit und Selbstständigkeit gebricht, der Vorrang vor den bis jetzt bekannten Definizionen gebüren. Zu ihrem Verständniß dient die Gegenüberstellung verwandter und daher oft verwechselter Begriffe und die Ausscheidung der dem Begriffe „Handelssache" nicht angehörigen Merkmale, welche in jener Note 3 (Seite 341) enthalten ist. „Handelssache" — sagt dort der Verfasser — sei nicht ein nach Handelsrecht zu entscheidender Rechtsstreit oder eine *Handelsrechtsstreitigkeit*, denn ein dem Handel angehöriges Rechtsverhältniß könne auch außerhalb des Prozesses normirt werden; ebensowenig sei jeder Zivilprozeß über oder aus Handelsgeschäften eine „Handelssache," denn es gingen Handelssachen nicht allein aus Handelsgeschäften hervor, *auch gehörten Handelsgeschäfte nicht zu den Handels-*

Digitized by Google

sachen, sondern letztere entständen aus Handelsgeschäften, wie auch aus rechtlichen Eigenschaften und Zuständen und aus Delikten (z. B. Uebersegelung). Von dem Verfasser der oben erwähnten Kritik wird die Unterscheidung zwischen „Handelssache" und „Handelsrechtstreitigkeit" gemißbilligt und zur Rechtfertigung dessen auf den Aufsatz desselben in Busch's Archiv I. Seite 438. verwiesen, woselbst jedoch sich nur Koch's Commentar zum Handelsgesetzbuch Seite 123. Anm. 1. und die Art. 9 u. 34. des H. G. B. zitirt finden. Koch aber widerspricht sich selbst in seiner Definirung, indem er Seite 8 Note 1. als Handelssachen alle „Gerichtssachen der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, welche ꝛc." bezeichnet, an obgedachter Stelle dagegen allerdings „Handelssachen" und „Handelsrechtsstreitigkeiten" identifizirt. Der Artik. 9 des Handelsges.-Buchs spricht nur von dem Prozeßrecht der Handelsfrau in Handelssachen und Artik. 34 von der Beweiskraft der Handelsbücher in solchen. Es ist nicht einzusehen, wie aus diesen Bestimmungen etwas für den Begriff „Handelssache" selbst gefolgert werden kann? Die Klassifikazion im Art. 1 genügt u. E. zur Widerlegung dieser Auffassung. Wenn ferner in jener Kritik die Ansicht, daß ein Verhältniß als Handelssache nicht gelten könne, wenn es nicht positiv durch das Handelsgesetzbuch geregelt werde, aufgestellt und ein Einverständniß unseres Autors hiermit aus dem Nachdruck, welchen derselbe auf solche Regelung lege, gefolgert zu werden scheint, so kann dieser Ansicht und Auffassung nicht beigestimmt werden. Ersterer steht, von anderen Gründen abgesehen, die Bezugnahme im Art. 1. auf Gewohnheits und bürgerliches Recht entgegen und das vermeintliche Einverständniß scheint auf einem Mißverständnisse zu beruhen, denn unser Autor erklärt in Determinirung des Begriffs „Handelssache" an der in der Kritik zitirten Stelle Seite 3: „ein jedes, durch ein Handelsgesetzbuch geregeltes oder auch nur als Handelssache bezeichnetes, Verhältniß gilt aber darum als Handelssache, denn es wird dadurch in allen oder in einzelnen Beziehungen dem Handelsrechte unterworfen; und umgekehrt ein jedes Verhältniß, welches durch positive Vorschrift ausschließlich dem allgemeinen, bürgerlichen oder öffentlichen Rechte unterworfen wird, gilt eben darum, welches auch seine innere und geschichtliche Natur sein möge, nicht als Handelssache." — In der hierzu gegebenen Note 3 ist sogar ausdrücklich jener engen Begriffs-Auffassung widersprochen. —

Nach dieser Abschweifung, zu welcher die Wichtigkeit ihres Gegenstandes verleitete, gehen wir zur weiteren summarischen Inhaltsmittheilung des vorliegenden Werks zurück. Von den obgedachten Begriffsbestimmungen wendet sich der Verfasser zur Betrachtung des Verhältnisses des Handelsrechts zur Handelswissenschaft. Dann folgt die Darstellung „der Quellen und der Literatur des Handelsrechts und seiner Geschichte." Es werden hier drei Perioden unterschieden, betreffend das Handelsrecht im Alterthume, im Mittelalter und der Neuzeit. Für die beiden ersten Perioden sind jedoch fast nur Zitate der bezüglichen Schriften gegeben, wohingegen in Bezug auf die 3te Periode, außer dem Verzeichnisse der literarischen Quellen, die Entwickelung und Fortbildung der Handelsgesetzgebung dargelegt wird. Der Reichthum des Inhalts dieses Abschnittes ist ein außerordentlich großer und müssen wir uns darauf beschränken, hervorzuheben, daß die neueren Gesetzgebungen — die Preußische, Französische, Italienische, Spanische, Portugie-

Digitized by Google

fische ꝛc. — einzeln behandelt werden und daß es dem Verfasser gelungen ist, ein übersichtliches Bild von der Gestaltung und dem Stande der Legislatur der betreffenden Staaten zu gewähren, welches sich bis auf die Gegenwart beziehungsweise bis auf die Zeit der Emanazion des Handelsgesetzbuchs ausdehnt. Es ist die Darstellung der Kodification des Deutschen Handelsrechts in zwei Abschnitten beigefügt, von denen der erste „die gemeinsame Deutsche Handelsgesetzgebung" und der andere die „Gesetzentwürfe und Staatsverträge über verwandte, nicht unmittelbar oder ausschließlich den Handel betreffende Rechtsverhältnisse" zum Gegenstande hat. Der erste Abschnitt enthält eine ausführliche Geschichte des Handelsgesetzbuchs und exponirt außerdem System und Inhalt, Interpretationsmittel und Einführung desselben, sowie die bezüglichen Beschlüsse des ersten Deutschen Handelstages. — Am Schlusse der Einleitung ist die Literatur des Deutschen Handelsrechts seit Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur neuesten Zeit vorgetragen. Auffallend erscheint es, daß hierbei Auerbach's „Gesellschaftswesen," „das Neue Handelsgesetz" desselben, das „Handelsgesetzbuch von Bornemann ꝛc.," die Anwalt-Zeitung, Börsenzeitung und noch andere literarische Erscheinungen handelsrechtlicher Natur, trotz der Vollständigkeit, welche sonst überall an den Tag gelegt ist, keine Erwähnung gefunden haben.

Das Erste Buch behandelt „die Regeln und Quellen des Handelsrechts." Dieses wird vom Verfasser in allgemeines, gemeines, und partikuläres Recht zerlegt. Von dem partikulären Rechte ist eine Begriffsbestimmung nicht gegeben. Das gemeinsame Deutsche Handelsrecht rechnet der Verfasser zum allgemeinen Recht und stellt (in Note 7. S. 211) die nicht unbedenkliche Behauptung auf, daß es gemeines Recht nur innerhalb eines staatlichen Organismus, nicht aber eines völkerrechtlichen Vereines, also nicht innerhalb des Deutschen Bundes, geben könne. Nachdem der Verfasser das Verhältniß der Deutschen Wechsel-Ordnung und des Handelsgesetzbuchs besprochen, geht er auf die Quellen und die Methode des Handelsrechts, den Grundsatz von Treu und Glauben und die Interpretazion des Handelsgesetzbuchs ein. Hierbei stellt er in Bezug auf den Werth der Konferenz-Protokolle für die Auslegung des Handelsgesetzbuchs den Satz auf: daß die Meinung, das publizirte Gesetz löse sich von dem Willen des Gesetzgebers los und gelte selbstständig für sich, allen anerkannten Auslegungsregeln widerspreche, wonach das Gesetz nur so gelte, wie der Gesetzgeber es gewollt habe, sofern dieser Wille irgend einen Ausdruck, wenn auch einen unvollständigen, unbestimmten, unklaren oder zweideutigen gefunden habe. Diesem Satze müssen wir widersprechen. Ein anderweit unklar und zweideutig ausgedrückter Wille des Gesetzgebers ist von gar keiner Bedeutung. — Ueberhaupt geben wir in Betreff der Benutzungsfähigkeit der Protokolle zur Interpretazion des Handelsgesetzbuchs der Ausführung v. Hahn's (§ 16 der Einleitung zum Kommentar desselben) vor der unseres Verfassers den Vorzug. — Eine besondere Besprechung widmet der letztere dem Begriffe, den Erfordernissen und der Anwendung der Usance. Diese Ausführung zählen wir zu dem Vortrefflichsten, was uns der Verfasser geliefert hat; klar und erschöpfend, wie sie ist, läßt sie keinem weitern Zweifel Raum. Bezüglich der bisher besonders hervorgetretenen Streitfragen sei erwähnt, daß auch der Verfasser — gleich der Mehrheit der Interpretatoren — unter „Handelsgebräuchen" im Sinne

Digitized by Google

des Art. 1 des Handelsges.-Buchs das Handelsgewohnheitsrecht verstanden wissen will, und daß er diesem die derogatorische Kraft in Bezug auf alle Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, sowohl die absoluten als auch die dispositiven, abspricht — und zwar gleichviel: ob der betreffende Handelsgebrauch schon vor Einführung des Handelsgesetzbuchs existirt hat, oder erst später entstanden ist, und ob derselbe als allgemeiner oder partikulärer zu betrachten. Nur darin sind wir nicht einverstanden, daß der Verfasser die „Usance als Rechtsquelle" einen Zweig der Usance im weiteren Sinne nenne, welche letztere in der in Handelssachen überhaupt üblichen Geschäftsweise bestehen soll. Uns erscheinen die „Usance als Rechtsquelle" und „Gebräuche" im Sinne des Art. 279 des Handelsgesetzbuchs verschiedene Begriffe, welchen innere Verknüpfung gänzlich abgeht.

Die fernere Ausführung, betreffend die Stellung des Handelsrechts im Rechtsgebiete, sowie örtliche und zeitliche Geltung der Handelsrechtsätze, ist von großem Interesse. Dem sich aufdrängenden Wunsche, eine detaillirte Darlegung: ob und inwieweit einzelnen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs rückwirkende Kraft beizumessen sei? mit Rücksicht auf die bereits anderwärts ausgesprochenen Zweifel von dem Verfasser zu erhalten, wird derselbe wohl bei Gelegenheit der Erörterung der bezüglichen Vorschriften Genüge leisten.

Die Ansicht, daß derjenige, welcher sich auf ein auswärtiges Gesetz beruft, außer dem Beweise der Existenz desselben, noch den Beweis führen müsse, daß keine Abänderung desselben erfolgt sei, erscheint in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig und steht unseres Wissens mit der Praxis nicht im Einklange. Vergleiche Note 22 Seite 278. Die Unterscheidung, auf welche der Verfasser anscheinend Gewicht legt: ob das Gesetz ein älteres oder neueres ist, dürfte, wegen der Relativität dieser Begriffe, auf Zustimmung keinen Anspruch haben.

Das zweite Buch beschäftigt sich mit dem „Handel und den Handelsgeschäften. Unter der Ueberschrift „Grundbegriffe" werden die Lehren vom Handel überhaupt, einschließlich der geschichtlichen Entwickelung des Handelsbegriffs, ferner von dem Handelsgeschäfte und Handelsgewerbe, von der Eintheilung der Handelsgeschäfte in einseitige und zweiseitige und endlich von den verschiedenen Handelszweigen übersichtlich und erschöpfend vorgetragen. Namentlich ist auf die Erörterung und Beantwortung der schwierigen Frage: wer ist Kaufmann? (§ 43. Seite 326 folg.) die Aufmerksamkeit hinzulenken.

Auf die nur nebenbei behandelte Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen die gewerblichen Genossenschaften unter dem Handelsrechte stehen? wird der Verfasser wohl bei der Lehre von den Handelsgesellschaften noch zurückkommen, und dieselbe so einheitlich, als gründlich, erledigen.

Den wichtigsten Theil des Werkes, so weit er uns vorliegt, bildet die Lehre von den einzelnen Handelsgeschäften. Dieselben sind A. Grundgeschäfte und zwar I. objective oder absolute (Artik. 271), II. subjective oder relative, (Artik. 272) und B. die zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte (Artik. 273). Abgegrenzt wird der Bereich der Handelsgeschäfte einerseits durch den Einfluß der Präsumtionen im Artik. 274 und andererseits durch die Ausschließung der Geschäfte über Immobilien (Artik. 275 des Handelsgesetzbuchs). Der Verfasser unterzieht alle einzelnen, unter vorstehende Rubriken gehörigen Rechtsgeschäfte der eingehendsten Beurtheilung; jede Vorschrift

Digitized by Google

verfolgt er bis zum Urquell zurück und weist ihre historische Gestaltung nach; niemals begnügt er sich mit einem allgemeinen Urtheile, geht vielmehr überall auf die speziellen Geschäfte und Verhältnisse prüfend und entscheidend ein, befähigt hierzu durch seine Kenntniß des kaufmännischen und industriellen Verkehrs und der volkswirthschaftlichen Prinzipien. Gleichzeitig macht es ihm seine Belesenheit in der handelsrechtlichen Literatur möglich, die abweichenden Ansichten der neuesten anderen Schriftsteller vorzuführen und so für seine eigene Leser gewissermaaßen die geistigen Produkte zur Auswahl aufzustellen, dabei die Rolle des sachverständigen Rathgebers übernehmend. — Nur in wenigen Punkten weicht unser Urtheil ab oder sind uns Bedenken aufgestoßen. So halten wir in dem, am Schlusse des § 57 und in der Note 6 Seite 451 angeführten Falle den Artik. 277 des Handelsges.-Buchs, abgesehen von dem Inhalte der Prot. S. 1305 und 1306, für anwendbar. Ein Grund für das Gegentheil ist nicht angeführt; das Zitat des § 54 Not. 1. überzeugt nicht von diesem. Seite 423 ist als unbedingtes Requisit des Handelsgeschäfts eines Nichtkaufmanns die Erkennbarkeit der Absicht desselben, ein Handelsgeschäft schließen zu wollen, angeführt. Der Preußische Entwurf und die Protok. S. 513. 523. 1288 und 1289 unterstützen allerdings diese Ansicht, doch muß die Richtigkeit derselben bezweifelt werden, weil das fragliche Requisit nicht in das Gesetz aufgenommen ist. Zu welchen unstatthaften Resultaten die Ansicht führt, beweist z. B. ihre Anwendung auf den Fall der Abschließung von Geschäften für eigene Rechnung seitens eines Prokuristen ꝛc. (Artik. 56 Abs. 1 des Handelsgesetzb.) Bedarf es jenes Requisits, so ist nichts leichter, als die Umgehung des in dem zitirten Artik. ausgesprochenen Verbots (Conf. die beiläufige Bemerkung v. Hahn's a. a. O. ad Artik. 234 § 5 Seite 464). Die Behauptung des Verfassers, daß die Unterzeichnung eines Schuldscheins nicht durch Unterschrift zu geschehen brauche (Seite 507), kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig gelten, da, abgesehen vom Frachtbriefe, keine Bestimmung des Handelsgesetzbuchs darauf hindeutet, daß durch dasselbe das partikularrechtliche Erforderniß der Unterschrift hat aufgehoben werden sollen.

Den schon oben über das Werk bei Besprechung einzelner Bestandtheile desselben abgegebenen Urtheilen haben wir, in der Ueberzeugung, daß das noch zu Leistende dem Geleisteten nicht nachstehen werde, nur noch die Erklärung beizufügen, daß uns ein zuverlässigeres und bequemeres Mittel, um in das Wesen des Handelsrechts einzudringen und sich das Verständniß von den einzelnen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs zu verschaffen und diese sich einzuprägen, nicht bekannt ist, als das Studium des vorliegenden Werkes. Der gelehrte Verfasser hat sich die begründetsten Ansprüche auf Dank und Anerkennung erworben, und wolle er dieselben mehr und mehr dadurch erhöhen, daß er seine Schöpfung in nicht zu langen Pausen der Vollendung entgegenführt! —

Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

Digitized by Google

9.

Das **allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch** nebst den dazu in Preußen erlassenen ergänzenden Bestimmungen, insbesondere dem Einführungsgesetze und der Instruktion. Mit Kommentar herausgegeben von **H. Makower.** I. Abtheilung. Zweite, vollständig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin 1864. Verlag von J. Guttentag.

Die erste Auflage des Werks — als deren Verfasser die Gerichtsassessoren H. Makower und S. Mayer genannt sind — hat sich einer großen Verbreitung erfreut, obwohl darin die Zuthat der Verfasser zu dem Texte des Handelsgesetzbuchs fast ausschließlich in kurzen Excerpten aus den Vorarbeiten des letzteren, insbesondere den Conferenz-Protokollen, besteht, und hierdurch die von den Verfassern übernommene Aufgabe: dem Praktiker Alles, was die Quellen zum Verständnisse des Handelsgesetzbuchs enthalten, darzubieten und demselben so das eigene zeitraubende Nachschlagen zu ersparen, auch ihn vor der Gefahr des Mißverständnisses zu schützen, nicht gelöst werden konnte. — Die günstige Aufnahme des Buchs erklärt sich aus seiner Brauchbarkeit als Hilfsmittel bei dem Studium und der Anwendung des neueren Handelsrechts, zumal das Buch kurz nach dem Zeitpunkte der, dem Handelsgesetzbuche in Preußen verliehenen, Gesetzeskraft erschien. In dieser Beziehung theilen die Verfasser mit v. Kraewel das Verdienst der Priorität in Beförderung und Erleichterung des Studiums der gegenwärtigen Handels-Gesetzgebung. — Die Umarbeitung des Werks hat ihren Grund in richtiger Erkenntniß der Mängel desselben und in der Würdigung der inzwischen auf dem Gebiete des Handelsrechts von Wissenschaft und Praxis gewonnenen Produkte. Gleich der früheren Edizion, hat die vorliegende — deren zweite Abtheilung in 4 Monaten erscheinen soll — die Einrichtung eines Kommentars, bestehend in Noten zu den (wortgetreu abgedruckten) einzelnen Artikeln des Handelsgesetzbuchs und des Preußischen Einführungsgesetzes. Der Preuß. Ministerial-Instruktion vom 12. Dezbr. 1861, auf welche der Titel gleichfalls verweist, ist die, hiernach zu erwartende, Berücksichtigung nicht zu Theil geworden. Auch ist nicht klar, welche Bestimmungen, außer dem Einführungsgesetze und der Instruktion, unter denjenigen zu verstehen sind, die in dem Titel als zu dem Handelsgesetzbuche „in Preußen erlassene ergänzende Bestimmungen" bezeichnet werden. Im Allgemeinen aber ist das Preußische Recht im Geltungsbereiche des Allgem. Landrechts zum Ausgangspunkte bei Erläuterung des Handelsgesetzbuchs erwählt. Auffallend erscheint die Bezeichnung „zweite Auflage," als der Terminologie des § 1012 Th. I. Tit. 11 des A. L. R's. nicht entsprechend. Das Werk verdient in vollem Maaße den Namen einer neuen Ausgabe, indem es nicht blos wesentliche Berichtigungen, sondern auch eine erhebliche Verstärkung des ursprünglichen Kommentars enthält. Bei Vergleichung erkennt man sofort in Inhalt und Fassung der jetzigen Noten die Resultate der fortgesetzten fleißigen Quellenstudien, überhaupt der wissenschaftlichen Bestrebungen des Verfassers. Neben den wichtigsten Bestandtheilen der Materialien des Handelsgesetzbuchs sind die Leistungen der neueren handelsrechtlichen Literatur in sorgfältiger Auswahl aufgeführt und zur Interpretation benutzt; in Bezug auf eine große Anzahl von Streitfragen sind Entscheidungen der Gerichtshöfe und darunter — wofür

Digitized by Google

dem Verfasser besonderer Dank gebürt — Erkenntnisse des Preußischen Ober-Tribunals mitgetheilt; die eigenen Ansichten des Verfassers empfehlen sich durch Schärfe und Bestimmtheit. Allerdings ist die ganze Masse des handelsrechtlichen Stoffs, welcher sich zur kommentarischen Verarbeitung eignet, nicht erschöpft. Solches Ziel hat sich jedoch der Verfasser auch nicht gesteckt, indem er nach eigener Erklärung, in den engern Schranken eines für die Praxis bestimmten und deshalb übersichtlich zu haltenden Kommentars verbleiben wollte. Der hierdurch angedeutete Zweck ist vollständig erreicht, und der Verfasser kann sich vielseitiger Anerkennung des wissenschaftlichen Werths und der Brauchbarkeit seines Werks für versichert halten, zumal sich die Redazion durch Präzision und Klarheit auszeichnet.

Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

10.

System des Preußischen Armenpflegerechts von **C. Rocholl**, Justizrath beim Appellations-Gericht in Hamm. Hamm, G. Grote'sche Buchhandlung (C. Müller). 1864.

Dieses Buch, welches einen für unsere socialen Verhältnisse sehr wichtigen Gegenstand behandelt, ist eine um so dankenswerthere Erscheinung, als wir auf diesem Gebiete eine ähnliche Bearbeitung noch nicht aufzuweisen haben.*) Mit Recht weist der Verfasser im Vorworte auf die Schwierigkeiten hin, welche unser Armenpflegerecht in seiner Anwendung darbietet. „Diese haben ihren Grund theils in den Lücken und Unklarheiten der Gesetze selbst, theils in dem steten Wechsel der die Armenpflege bedingenden thatsächlichen Verhältnisse. Seit Emanation des Gesetzes vom 31. Dec. 1842 über das Armenwesen haben so durchgreifende Aenderungen in dem Verfassungsrechte des Gesammt-Staates, der Provinzen und Gemeinden, in dem allgemeinen Privat- und Strafrechte, in den gewerblichen und industriellen Zuständen stattgefunden, daß jenes Gesetz nothwendig lückenhaft und veraltet erscheinen mußte und einer Umbildung und Ergänzung bedurfte. Solche ist nicht mit Erfolg durch das Gesetz vom 21. Mai 1855 erstrebt, vielmehr hat dieses Gesetz nur wenige Controversen beseitigt, dagegen andere hervorgerufen. Viel wirksamer hat sich die Praxis gezeigt, indem fast alle älteren Controversen durch Uebereinstimmung des höchsten Gerichtshofes mit der höchsten Verwaltungsinstanz, so wie durch gleichmäßige Anwendung der wissenschaftlich begründeten Rechtsgrundsätze erledigt erscheinen, wie denn auch die noch schwebenden oder in Zukunft neu hervortretenden Streitfragen auf demselben Wege zur befriedigenden Lösung gelangen können." Bei dem fühlbaren Uebelstande,

*) In Betreff des Königreichs Sachsen ist zu vergleichen: „Die Armengesetzgebung des Königreichs Sachsen. Für den praktischen Gebrauch mit besonderer Berücksichtigung organisatorischer Zwecke in ihren wesentlichen Grundzügen erläutert von Bernhard v. Schönberg. Leipzig 1864."
(Sehr günstig beurtheilt in Pözl's krit. Vierteljahresschrift V S. 436 f.)

Digitized by Google

daß die unteren Verwaltungsinstanzen, die Communal- und Ortspolizeibehörden, die in erster Linie und vorzugsweise zur Handhabung der öffentlichen Armenpflege berufen sind, nicht füglich mit der wissenschaftlichen und praktischen Fortbildung des Armenpflegerechtes vertraut sein können, hat sich der durch seine vierjährige Wirksamkeit als Justiziar des Landarmenwesens der Provinz Westphalen mit der nöthigen praktischen Erfahrung ausgerüstete Verfasser die Aufgabe gestellt: „durch eine kurze, übersichtliche und systematische Darstellung jenen Behörden Gelegenheit zu geben, sich ohne besonderes Studium mit dem neuesten Stande der Armengesetzgebung bekannt zu machen, sie dadurch zu befähigen, jeden concreten Fall mit Sach- und Rechtskenntniß zu behandeln, längst abgethanene Streitfragen ruhen zu lassen und einen klaren Blick in die noch schwebenden Controversen zu gewinnen, um sich mit Bewußtsein für die eine oder andere Ansicht entscheiden zu können."

Das Buch zerfällt in zwei Theile, von denen der erste (S. 4—32) „das öffentliche Recht der Armenpflege," der zweite, bei weitem umfangreichere (S. 33—157), „das Privatrecht der Armenpflege" zum Gegenstande hat — eine Eintheilung, deren Grund und Bedeutung in der kurzen Einleitung dargelegt wird. Der erste Theil behandelt in drei Abschnitten: die allgemeine Controle des Staates über die Armenpflege — die Competenz der Verwaltungsbehörden über die Nothwendigkeit und das Maß der Armenpflege — die Entscheidung der Streitigkeiten zwischen verschiedenen Armenverbänden. Im ersten Abschnitte (§ 4, 5) findet sich auch eine kurze Zusammenstellung der Vorschriften über die gesetzliche Alimentationspflicht von Privatpersonen, welche insofern hierher gehört, als der Staat, so wie die Armen-Verbände darauf zu wachen haben, daß die öffentliche Armenpflege nur dann eintrete, wenn eine solche Privatpflicht nicht besteht. Zu berichtigen ist hier nur, daß S. 9 a. A. auch die väterlichen Großeltern unehelicher Kinder als alimentationspflichtig bezeichnet werden, während der betreffende § 628 Tit. 2 Th. II. des A. L. R. durch den § 22 des Gesetzes vom 24. April 1854 ausdrücklich für aufgehoben erklärt ist. Auch ist im § 5 die Hinweisung auf die besonderen Vorschriften der für die Rheinprovinz geltenden Gesinde-Ordnung vom 19. August 1844 zu vermissen. — Der zweite Theil stellt in vier Abschnitten dar: die Verpflichtung der Gemeinden zur Armenpflege — die Verpflichtung der Gutsherrschaften zur Armenpflege — das Erlöschen der den Gemeinden und Gutsherrschaften obliegenden Verpflichtung zur Armenpflege — die Verpflichtung der Landarmenverbände. — Ueberall sind die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, unter umsichtiger Berücksichtigung alles dessen, was die Praxis der Verwaltungsbehörden und der Gerichte über ihre Anwendung bieten, mit großer Sorgfalt zusammengestellt und dabei vielfache Beweise von der Selbstständigkeit und Sicherheit des eigenen Urtheils des Verfassers gegeben. — Verdienstlich ist auch die am Schlusse gelieferte vollständige Zusammenstellung der Verfassungen der Landarmenverbände und der einzelnen Provinzial-Institute. — Um die praktische Brauchbarkeit des Buches zu erhöhen, enthält ein sehr umfangreicher Anhang (S. 158—319) den Abdruck der einschlagenden Gesetze, Ministerial-Erlasse und der wichtigsten Entscheidungen des Ober-Tribunals und gibt auf diese Weise den zur Ausübung des öffentlichen Armenpflegerechts berufenen Beamten das gesammte dazu dienliche Material,

Digitized by Google

dessen Uebersicht noch durch ein vollständiges Register erleichtert ist, in die Hand. — Bei dieser Beschaffenheit des Werkchens läßt sich wohl die Hoffnung aussprechen, daß dasselbe, namentlich bei den Verwaltungsbehörden, die verdiente Anerkennung und Verbreitung finden werde.

Dr. J. A. Gruchot.

11.

Betrachtungen über die rechtlichen und socialen Verhältnisse Minderjähriger und Unselbstständiger. Von **Gustav Aurella.** Berlin 1864. Verlag von Julius Springer.

Diese kleine Schrift behandelt den auf dem Titel angegebenen, gewiß sehr wichtigen Gegenstand — der sich jedoch auf die rechtliche Stellung der Personen unter väterlicher Gewalt beschränkt — in Anknüpfung an die Vorschriften des Preußischen Landrechts. Daß gerade diese als Unterlage gewählt sind, davon erfahren wir in dem kurzen Vorworte als den Grund: „weil die betreffenden Gesetze schlechter nicht sein können," deren jedoch, gleichsam zu unserer Beruhigung, daß sie viel besser nirgends sind. Die betrachteten Gesetze werden geradezu als „ein Stück Faustrecht" — als „schauerliche Ueberreste mittelalterlichen Barbarismus" und die dem Vater dadurch eingeräumten Befugnisse als eine „schauerliche Berechtigung zum Unrecht" — als „das furchtbare Privilegium straflos Unheil zu stiften, Unglück zu verbreiten" dargestellt. Dabei wird noch am Schlusse gesagt, daß dem Verfasser „nur die Worte fehlen, um die ganze Verwerflichkeit und Schädlichkeit dieser Gesetze gehörig zu kennzeichnen."

Daß der Verfasser zu einem so schweren und so schonungslos ausgesprochenen Verdammungsurtheile gelangte, wird einigermaßen durch das eben so ungerechtfertigte Vorurtheil erklärlich, mit dem er an die Betrachtung der landrechtlichen Vorschriften herangetreten ist. Wir finden dieses (S. 7) in den Worten angedeutet: „Was das Wichtigste ist, diese Gesetze stammen aus einer Zeit, in der der Absolutismus culminirte, in der es keine freien Bürger, sondern nur willenlose Unterthanen gab. Man muß es nun dem Absolutismus lassen, er verstand es, seine Zwecke zu erreichen, und so finden wir denn auch hier, daß er es meisterhaft verstanden hat, dadurch, daß er seine Unterthanen durch diese Gesetze von vornherein in die in jeder Beziehung unselbstständigste und unabhängigste Stellung versetzte, jene Unselbstständigkeit des Volkes zu erzielen, die eine Grundbedingung seiner Existenz ist." — Man kann sich wahrlich an den ehrenwerthen Verfassern unseres Landrechts — ihrem unerschütterlichen Rechtssinne und ihrer großen Humanität — nicht schwerer versündigen, als es hier geschehen ist. Solchen Aussprüchen gegenüber kann es einer Ehrenrettung dieser Männer nicht bedürfen. Wir müssen diese Excentricitäten des Verfassers um so mehr bedauern, als sie dem mancherlei Guten und Wahren seiner Darstellung großen Eintrag thun. Eine ruhigere und besonnenere Darlegung der von ihm richtig erkannten Mißstände würde ihres Erfolges sicherer gewesen sein. Dr. J. A. Gruchot.

Digitized by Google

Grote'sche Buchdruckerei (Griebsch & Müller) in Hamm.

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 11.

Ueber die Zulässigkeit präparatorischer Erkenntnisse nach preußischem Recht.

Zweiter Beitrag.

Von R. Koch, Stadtrichter in Danzig.

Die in diesem Jahrgange der „Beiträge" (oben S. 153 ff.) erörterte processualische Frage dürfte hinreichendes praktisches Interesse darbieten, um die nachstehende ausführlichere Mittheilung mehrerer Rechtsfälle zu rechtfertigen, auf deren Schicksal dieselbe von erheblichem Einfluß gewesen ist. Soweit diese Fälle mit den bereits S. 157, 158 a. a. O. andeutungsweise berührten Sachen identisch sind, sind dieselben inzwischen auf eine weitere processualische Stufe gelangt, von welcher aus sich neue Gesichtspunkte für die in Rede stehende Controverse erschließen.

Die Fälle sub II und III dagegen, welche auch nach andern Seiten hin nicht ohne juristisches Interesse sein werden, sind ganz neu. Wir werden nicht verfehlen, über deren End-Entscheidung s. Z. zu berichten und wünschen nur, daß auch in andern Kreisen Veranlassung genommen werden möchte, das Material zur Entscheidung der vorliegenden wichtigen Competenzfrage zu vermehren. Wir beginnen mit denjenigen Fällen, welche zur Entscheidung des Ober-Tribunals gediehen sind:

I. Der Kläger behauptete vom Verklagten ein Pferd für 90 Thlr. gekauft zu haben, focht dieses Geschäft wegen Mangels vorbedungener und gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften an und verlangte Erstattung des gezahlten Kaufpreises und seiner Verwendungen gegen Abnahme des Pferdes. Der Verklagte bestritt zuvörderst das angebliche Kaufgeschäft und wollte vielmehr das Pferd gegen 7 Schweine und 70 Thlr. Zulage vertauscht haben. Nach erhobenem Beweise stellte das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig fest, daß in der That ein Tausch-

Digitized by Google

geschäft vorgelegen, und wies aus diesem Grunde den Kläger ab. Auf dessen Appellation hob jedoch das Appellationsgericht zu Marienwerder das Urtel erster Instanz auf und wies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück. In den Gründen wurde ausgeführt, daß die Frage, ob das vorliegende Geschäft als Kauf oder als Tausch zu betrachten, ganz dahin gestellt bleiben könne, da jedenfalls die vom Kläger vorgetragenen Thatsachen sein redhibitorisches Klagrecht an sich gesetzlich begründeten; deshalb sei der präjudicielle Entscheidungsgrund des ersten Richters zu verwerfen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten war nur auf Verletzung materieller Gesetzes-Vorschriften und der Rechtsregeln über das Wesen des Klagfundaments gegründet; das Ober-Tribunal hatte daher in seinem die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisenden Urtel keine Veranlassung, sich über die in Rede stehende processualische Frage auszusprechen, sondern referirt nur historisch, daß der Appell.-Richter den Entscheidungsgrund des ersten Richters als Präjudizialpunkt aufgefaßt und behandelt und sich jedes definitiven Ausspruchs über den geltend gemachten Gewährsmangel enthalten habe. Bei der demzufolge in erster Instanz eingetretenen neuen Verhandlung wurde die frühere Auffassung der Beweis-Resultate verlassen und das vorliegende Geschäft als Kauf erkannt. In Folge dessen fand auch das weitere Eingehen auf die Sache und die Erhebung des Beweises über die streitigen Gewährsmängel und andere Puncte keinen Anstand.

II. In einem anderen Falle dagegen ist die in Rede stehende processualische Frage sogar ausschließlicher Gegenstand einer Entscheidung des Ober-Tribunals geworden. Die Kläger behaupteten, ihrem Grundstücke, dem sog. Schnepfenkruge, sei mittelst Privilegiums des vormaligen Kloster-Convents zu Oliva vom 30. September 1825 entgeltlich das Recht verliehen, soviel Lagerholz aus den Haiden und Wäldern des Convents zu entnehmen, als der Krug zu seiner Nothdurft zum Feuern gebrauche. Weil aber in den Königlichen Forsten Lagerholz überhaupt nicht mehr entstehe, glaubten sie statt dessen von dem Fiscus, auf welchen die Klosterländereien mit der Säcularisation übergegangen sind, stehendes Holz oder dessen Surrogate beanspruchen zu dürfen und haben dem entsprechend auf die unentgeltliche Verabreichung des zu häuslichen und wirthschaftlichen Bedürfnissen und zum Betriebe der Bäckerei erforderlichen Brennholzes, sowie auf Nachlieferung von Rückständen Klage erhoben. Das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig erkannte auf Abweisung der Kläger, und zwar hauptsächlich aus zwei Gründen, einmal weil nach § 35 der Forst-Ordnung für Westpreußen

Digitized by Google

vom 8. October 1805 nur diejenigen in Ermangelung von Lagerholz auf stehendes Holz Anspruch haben, welchen für die von ihnen zu leistenden Forstdienste Lagerholz zugesichert ist, was auf die Kläger nicht zutrifft, und sodann weil nach dem Inhalt des Privilegs die Berechtigung überhaupt nicht titulo oneroso erworben sei. Der Appellations-Richter dagegen legte die Forstordnung dahin aus, daß nicht bloß jenen Berechtigten, sondern auch allen denjenigen, welche auf Grund eines lästigen Vertrages zur Entnahme von Lagerholz berechtigt seien, beim Mangel desselben stehende Bäume oder Surrogate gewährt werden müssen und faßte auch das Privileg abweichend dahin auf, daß der darin stipulirte Kanon theilweise auch als Aequivalent der verliehenen Holzgerechtigkeit dienen sollte. Auf Grund dessen erkannte er auf die Appellation der Kläger dahin, daß jene beiden Entscheidungsgründe des Vorderrichters zu verwerfen, und die Sache zur nochmaligen Entscheidung in die erste Instanz zu verweisen. Das Obertribunal hat aber auf die Revision des verklagten Fiscus mittelst Erkenntnisses vom 6. October 1863 (Nr. 731/63 II.) unter Aufhebung des Urtels zweiter Instanz die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen. Der Anh. § 123, wird ausgeführt, sei nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf den darin bezeichneten Fall. Auch außer diesem Falle dürfe der Richter der höheren Instanz deshalb, „weil in den Gründen das Sach- oder Rechtsverhältniß seiner Meinung nach nicht vollständig erörtert ist, oder seiner Meinung nach die Gründe, aus welchen der Vorderrichter die eine oder andere Erörterung oder eine von den Parteien beantragte Beweisaufnahme für unerheblich erachtet hat, unzureichend sind, in der Sache zu entscheiden nicht weigern" und sei daher „nicht befugt, die Sache Behufs fernerer Erörterung der betreffenden Streitpuncte zur Verhandlung und anderweitigen" Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen. Denn nur der Tenor entscheide nach § 2. I, 14; § 38. I, 13 A. G. O. darüber, ob der gravaminirenden Partei durch das angefochtene Urtheil eine Beschwerde zugefügt sei; halte der Appellationsrichter noch Erörterungen vor definitiver Entscheidung für erforderlich, so ergebe § 63 I, 14 A. G. O., daß er dieselben durch Resolution, nicht durch Erkenntniß anzuordnen und nach deren Erledigung selbst zu erkennen habe. Die exceptionellen Befugnisse des Revisionsrichters seien nicht analog auf die zweite Instanz auszudehnen, weil jener stets den in den vorigen Instanzen bereits festgestellten Thatbestand seiner Entscheidung zum Grunde zu legen habe. „In den Fällen, wo der Klage sog. exc. litis finitae oder litis ingressum imped. entgegengesetzt sind, überhaupt, wo gewisse Streit-

Digitized by Google

puncte ausdrücklich zur präjudiciellen Entscheidung gestellt sind — § 60 u. ff. — 79. 81. Tit. 10 der Proz.-Ordn. — und wo über diese Präjudicial-Puncte vorweg zu entscheiden ist, und gegen das diesfällige Urtheil die Appellation eingelegt wird, könne es zwar vorkommen, daß der Appellationsrichter bei Entscheidung über den Präj.-Punct die Sache zur anderweiten Erörterung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen hat. Dasjenige, was die alleg. Vorschriften für diese besonderen Fälle anordnen, könne aber auf andere Fälle, namentlich auf einen Fall, wie der vorliegende, wo keine Streitpuncte, insbesondere nicht diejenigen, worauf der erste Richter seine Entscheidung gegründet, und die der Appellationsrichter in seinem Erkenntnisse hervorgehoben, zur präjudiciellen Erörterung und Entscheidung gestellt gewesen sind, nicht ausgedehnt werden — vgl. Plen.-Beschl. vom 23. Januar 1843, Bd. 9 S. 129 ff. der Entsch. Da in zweiter Instanz noch nicht definitiv erkannt sei, so sei auf die Sache selbst nicht einzugehen. —

Die angeordnete anderweitige Entscheidung ist noch nicht ergangen.

Das vorliegende Revisions-Urtel ist inzwischen in Nr. 11 der Preuß. Anwalts-Zeitung vom Herrn Appell.-Ger.-Rath Roloff angegriffen. Dessen Ausführung hat indessen, wie wir bereits näher in Nr. 24 derselben Zeitschrift zu zeigen gesucht, den Kern der Gründe des Ober-Tribunals nicht getroffen. Nicht die formelle Constatirung der präjudiciellen Behandlung und Entscheidung des Streitpuncts ist es, was das Ober-Tribunal vermißt, sondern die materiellen Voraussetzungen eines solchen exceptionellen Verfahrens.

Allerdings hat sich der Revisionsrichter mehr auf Hervorhebung und Begründung des Princips beschränkt und ist auf eine nähere Erörterung darüber, inwiefern einer der Ausnahmefälle der §§ 60 ff. I, 10 A. G. O. vorliege, nicht eingegangen. Allein der Nachdruck ruht doch darauf, daß diese Vorschriften überhaupt nicht zutreffen, nicht darauf, daß ein wirklicher Präjudicialpunct nicht „ausdrücklich" zur Vor-Entscheidung gestellt sei, was freilich heutzutage auch in jenen Fällen nicht mehr zu geschehen hat. Wir dürfen daher das Ober-Tribunal immer unter den Gegnern der auch von uns bekämpften Meinung nennen. Hr. Roloff dagegen scheint eine Ausdehnung der gedachten Vorschriften von dem darin enthaltenen Zweckmäßigkeitsprinzipe aus im weitesten Maße gutzuheißen. Es giebt aber etwas Höheres und Wichtigeres, als die Vermeidung weitläufiger Beweisaufnahmen unter der Voraussetzung möglicher Abänderung resp. Vernichtung des eigenen Urtels, und dies ist die Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Gerichte erster

Digitized by Google

Instanz und die Concentrirung des Rechtsstreits. Jene wird aufs Aeußerste gefährdet, wenn die Gerichte genöthigt werden, auf Grund einer von ihnen gemißbilligten Rechtsauffassung (Beweise zu erheben und) Definitiv-Entscheidungen zu fällen; und ob durch die Zersplitterung des Processes in eine Reihe von Instanzenzügen über sogenannte Präjudicialfragen der Sache wirklich genützt wird, dürfte namentlich dann zu bezweifeln sein, wenn die Gerichte erster Instanz, wie u. A. in den nachfolgend mitgetheilten Fällen, die dem Appellationsgericht vindicirte Befugniß verneinend, an ihrer ursprünglichen Rechtsansicht festhalten.

III. Zu dem Grundstücke des Verklagten gehört ein Mühlenteich, in welchen der sogen. Strießbach mündet. Kläger als Besitzer des angrenzenden Grundstücks prätendirt ein angeblich durch Verjährung erworbenes Wasserschöpfrecht in dem Strießbache. Dieses soll thatsächlich dadurch entzogen sein, daß ein Vorbesitzer des Verklagten vor einigen Jahren die bisherige Richtung des Strießbachs verändert und denselben quer durch den Mühlenteich geleitet habe. Der Kläger beantragt deßhalb klagend:

> den Verklagten zur Rückleitung des Strießbachs in die ältere Richtung, Gestattung des Wasserschöpfens an der alten Stelle und Schließung des neuen Wasserlaufs zu verurtheilen.

Der Verklagte hat die in Betreff der früheren Richtung des Strießbachs, des Wasserschöpfens darin und der neuerlichen Ableitung aufgestellten Anführungen bestritten und die Abweisung des Klägers beantragt.

Das Stadt- und Kreis-Gericht zu Danzig erkannte auf Abweisung des Klägers, weil die prätendirte Grundgerechtigkeit noch nicht die Verpflichtung des Besitzers des dienenden Grundstücks zu positiven Handlungen Behufs Ermöglichung der Ausübung enthalte. Auf die Appellation des Klägers aber erkannte das Appellationsgericht zu Marienwerder abändernd auf Verwerfung des in dem Urtel erster Instanz enthaltenen Abweisungsgrundes und Rückweisung der Sache in diese Instanz. Hiergegen ist von keiner Seite ein Rechtsmittel eingelegt. Bei der neuen Verhandlung der Sache hat das Stadt- und Kreis-Gericht zu Danzig unterm 11. Februar 1864 abermals auf Abweisung des Klägers erkannt. Es wurde ausgeführt, daß eine bestimmte rechtliche Auffassung des Klagegrundes nicht Gegenstand einer abgesonderten Erörterung und Entscheidung sein könne, insonderheit nicht zu den in der Allg. Ger.-Ordn. erwähnten „Präjudicial-Puncten“ oder „Fragen“

Digitized by Google

gehöre, welche vorab im Instanzenzuge entschieden werden dürfen, ehe zu einer Beurtheilung der „Hauptsache" überzugehen ist. Im vorliegenden Falle nun sei es recht eigentlich eine entgegengesetzte Beurtheilung des Klagegrundes, eine verschiedene Auffassung von der Bedeutung und dem Inhalt der Servitut und der damit verbundenen konfessorischen Klage, welche zu einer Differenz zwischen beiden Urtheilen geführt habe. Nicht sowohl als eine Frage der Passiv-Legitimation sei darin die Frage behandelt, ob der Beklagte zu der in Rede stehenden Handlung angehalten werden könne; sondern es liege lediglich eine Differenz darüber vor, was mit der unbezweifelt gegen den Besitzer des dienenden Grundstücks zu richtenden Servitutenklage zu erlangen sei. Ob der Vorbesitzer des Beklagten, welcher die vom Kläger angefochtene Veränderung getroffen, „aus seinem eigenen Facto," wie § 40 I, 17 A. G. O. sich ausdrückt, belangt werden könne, diese Frage lassen beide Urtheile ganz dahin gestellt. Ebendeshalb aber könne der Ausspruch des Appell.-Richters, daß der Entscheidungsgrund des ersten Richters zu verwerfen, eine weiter gehende Bedeutung als dieser Entscheidungsgrund selbst nicht beanspruchen. Es fehle für die Gründe des Appellations-Richters eine Vorschrift, wie die in neueren Proceßgesetzen für interlocutorische Sentenzen des Ober-Tribunals gegeben, welche den zur definitiven Entscheidung berufenen Richter an die Rechtsansicht des übergeordneten Richters bände. Das Appellationsurtheil sei demnach nicht in Rechtskraft in dem Sinne übergegangen, daß es in seinem materiellen Theile formelles Recht geschaffen hätte, und habe vielmehr die Beurtheilung der Sache völlig frei gelassen.

In der Sache selbst aber sei — was hier mitzutheilen nicht ohne Interesse sein wird — keine Veranlassung gewesen, von der früheren Rechtsansicht abzugehen. Stehe dem Kläger die behauptete Wasserschöpfservitut wirklich zu, und sei er in diesem Rechte durch einen Vorbesitzer des Beklagten gekränkt, so folge hieraus doch keineswegs ohne Weiteres, daß der Verklagte als Besitzer des dienenden Grundstücks den früheren Zustand wieder herstellen müsse. Die dingliche Servitutenklage sei in ihrer passiven Seite nicht nothwendig auf den Besitzer des praed. serviens beschränkt; sie gehe gegen jeden Verletzer des Rechts (siehe Franklin in Gruchot's Beiträgen zur Erl. des preuß. Rechts B. 5 S. 44), und es sei nicht anzuerkennen, daß derselbe bloß seinem Besitznachfolger verantwortlich sei, und eine Klage des Servitutberechtigten gegen ihn Nichts helfen könnte. Werde er verurtheilt, so sei es vielmehr seine Sache, den Besitzer des praed. serv. zu entsprechenden Handlungen oder Duldungen zu bewegen. Was aber diesen selbst und

Digitized by Google

und dessen Verhältniß zum Servitutberechtigten anlange, so wiederhole das A. L. R. in § 30 I, 22 den Grundsatz des gemeinen Rechts: servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis etc., sed ut aliquid patiatur aut non faciat. — L. 15 § 1 D. de serv. (8, 1). Nur wenn der Berechtigte die Grundgerechtigkeit durch lästigen Vertrag erworben, oder der Verpflichtete einen gleichartigen Gebrauch von der Sache machen wolle, also unter hier nicht zutreffenden Voraussetzungen, sei eine Obligation auf Unterhaltung der erforderlichen Anstalten an den Besitz des dienenden Grundstücks geknüpft (§ 35, 36 ib.). Im Uebrigen habe der Verpflichtete nur zu dulden, daß der Berechtigte die zur Ausübung der Gerechtigkeit nöthigen Anstalten und Reparaturen vornehme (§ 32 ib.), und dürfe selbst Nichts vornehmen, wodurch der Andere in Ausübung seiner Grundgerechtigkeit gehindert, oder ihm dieselbe vereitelt werden könnte (§ 31 das.). Kein Gesetz verpflichte ihn, wenn diese Verhinderung oder Vereitelung durch ein außerhalb seines Willens liegendes Ereigniß erfolge, zu einer positiven Handlung Behufs Wiederherstellung des Grundstücks. Im Gegentheil schreibe gerade für Wasserservituten das gem. R. vor, daß in solchen Fällen die Servitut aufhöre (L. 3 § 2 D. de aqua quot. et aest. 43, 20). Werde durch Menschenhand der Wasserlauf verändert, so entstehe daraus unter Umständen wohl eine Obligation des Verändernden auf Wiederherstellung des status quo, aber keine actio in rem gegen den dritten Besitzer (s. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts 2. Aufl. — 1857 — Bd. 2 S. 278. 323.) Im vorliegenden Falle sei nun die Klage lediglich auf Erwerbung des Rechts, im Strießbach Wasser zu schöpfen, durch Verjährung gegründet, und es solle dadurch actio nata hergestellt sein, daß ein Vorbesitzer des Verklagten die Verlegung des Strießbachs bewirkt habe. Daß hierdurch der Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Wasserlaufs und, was davon abhänge, Gestattung des Wasserschöpfens an der früheren Stelle nicht gerechtfertigt werde, sei nach dem Obigen klar. Die Anführungen des Klägers in zweiter Instanz, wonach dem Verklagten selbst ähnliche Handlungen imputirt werden, seien als Aenderung des ursprünglichen Klagegrundes nicht zu beachten. Demnach sei abermals auf Abweisung des Klägers zu erkennen.

Letzterer hat gegen dieses Erkenntniß abermals die Appellation eingelegt, über welche noch nicht entschieden ist. —

IV. In einem andern Falle wollte der Kläger mit seiner Ehefrau eine Zeitlang im Auftrage des Verklagten dessen Grundstück bewirthschaftet haben und forderte dafür eine unbedungene, angeblich angemessene Vergütung von 200 Thlr. Mit dieser Klage durch Erkenntniß

Digitized by Google

des Stadt- und Kreisgerichts zu Danzig abgewiesen, appellirte er und erreichte das oben S. 157 ad III mitgetheilte Urtel zweiter Instanz, gegen welches von keiner Seite ein Rechtsmittel eingelegt ist. Nach neuer mündlicher Verhandlung erkannte das Gericht erster Instanz wiederum auf Abweisung des Klägers. Es gewinne zwar, wurde ausgeführt, nach der Fassung des Appellationsurtels den Anschein, als wenn es sich um einen (Präjudizial-) Einwand handle. Bei näherer Prüfung aber zeige sich, daß von einem Einwande in juristischem Sinne oder auch nur von einem, von dem Klagegrunde verschiedenen Präjudicialpuncte nicht die Rede sein könne. Nirgends sei vom Verklagten „eingewendet," daß ein Mandatsverhältniß obwalte. Hätte Verklagter dies behauptet, und daraus die mangelnde Begründung des klägerischen Anspruchs abgeleitet, so würde auch ein solches Vorbringen nicht als Einwand, sondern als Verneinung des Klaggrundes (negative Litiscontestation) zu qualificiren gewesen sein. Der erste Richter sei auf Grund der thatsächlichen Feststellung, daß, hypothetisch wenigstens, ein Verwaltungs-Vertrag unter den Parteien geschlossen sei, zu einer Anwendung der dem landrechtlichen Gebiet des Vollmachtsauftrags angehörigen §§ 74 ff. I, 13 A. L. R. auf den klägerischen Lohnanspruch gelangt; der Appellationsrichter führe dagegen aus, daß nicht diese Vorschriften, sondern die von Verträgen über Handlungen, namentlich § 874 ff. I, 11 A. L. R. zur Anwendung zu bringen seien. Diese Ausführung sei es, welche er in der „Verwerfung des Einwandes, daß unter den Parteien ein Mandatsverhältniß obwalte" zum Ausdruck gebracht habe. Dieselbe enthalte lediglich eine bestimmte Qualification des Entstehungs-Grundes der klägerischen Forderung und könne danach, selbst wenn darin noch die Hervorhebung eines thatsächlichen Elements dieses Entstehungsgrundes deutlich erkennbar wäre, nicht mehr und nicht weniger, als die Geltung eines bloßen Entscheidungsgrundes beanspruchen. Demzufolge sei der erkennende Richter bei der neuen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, welche in Folge der an sich innerhalb der Befugniß des Appellationsrichters liegenden Aufhebung seines früheren Urtels einzutreten habe, an Nichts, als an die Vorschriften der Gesetze gebunden. Diese bieten aber, wie sodann näher ausgeführt wird, keine Veranlassung die frühere Rechtsansicht aufzugeben.

Der Kläger appellirte abermals, und das Appellations-Gericht erkannte nunmehr unterm 29. Februar 1864 dahin, daß das Erkenntniß erster Instanz dahin abzuändern, daß Verklagter schuldig, den Klägern für die während der angegebenen Zeit geführte Verwaltung seines Guts eine Vergütung zu gewähren, die Frage aber wegen

Digitized by Google

der Höhe dieser Vergütung zur Erörterung und Beweisaufnahme über die Behauptungen der Kläger in Betreff des Umfangs und des Werthes ihrer Leistungen und zur Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen. Die Gründe erklären die Ansicht des ersten Richters in doppelter Beziehung für irrig. Einmal sei es lediglich Sache der Parteien gewesen, durch Anfechtung des Appellations-Erkenntnisses im Instanzenzuge eine andere Entscheidung herbeizuführen. Sodann aber, wird fortgefahren, verstoße dasselbe auch keineswegs gegen Proceßvorschriften, sondern gründe sich auf eine nicht bloß zulässige, sondern gebotene analoge Anwendung der Vorschriften der A. G. O. I, 5 § 29; I, 10 § 60 ff. § 81 b; Tit. 13 § 43. Nach dem Grunde dieser Vorschriften müsse es dem Appellations-Richter auch freistehen, sich auf Feststellung des rechtlichen Gesichtspunctes, unter welchem der Klageanspruch zu erörtern sei, zu beschränken, wenn dieser Gesichtspunkt von dem des Vorderrichters abweiche und vor der Entscheidung noch eine Beweisaufnahme nöthig mache. Wollte diese der Appellations-Richter veranlassen, um definitiv erkennen zu können, so würden die Parteien dadurch nicht bloß eine Instanz verlieren; es würde auch der durch die Beweisaufnahme verursachte Zeit- und Kostenaufwand unnütz gewesen sein, wenn demnächst der Richter dritter Instanz sich für die Ansicht des ersten Richters entscheiden sollte. Gerade dies aber solle durch die erwähnten gesetzlichen Vorschriften verhütet werden. Der Ausdruck „Verwerfung des Einwandes" entspreche der Vorschrift des § 70 I, 10 A. G. O. und sei auch der Sachlage insofern nicht widersprechend, als es sich hier, wo der Vorderrichter einen Einwurf gegen den Klageanspruch aus § 74 I, 13 A. L. R. entnehme, allerdings von einer Einwendung im weiteren Sinne handle. Wenn hiernach der Vorderrichter mit Unrecht sich nicht nach der Vorschrift des Appellations-Erkenntnisses geachtet habe, so würde dies, streng genommen, eine nochmalige Zurückweisung der Sache in die erste Instanz ganz in derselben Art, wie dieselbe früher erfolgt sei, zur Folge haben müssen; es habe indessen im Interesse der Parteien angemessener geschienen, zur Förderung der Sache so, wie geschehen, zu erkennen.

Diese Gründe sind bereits widerlegt. Es war eben Gegenstand der jetzt abgeänderten Vorentscheidung gewesen, daß auch ohne Rechtsmittel der Parteien der im Tenor ausgesprochene Entscheidungsgrund des Appellations-Richters der Rechtskraft nicht fähig sei, weil die exceptionellen Vorschriften der Allg. G. O. von Präjudicial-Einwendungen und -Puncten sich nicht zur analogen Anwendung auf eine präjudicirliche Auffassung des Klagegrundes eignen.

Digitized by Google

Der Sinn, welchen der Appellations-Richter mit „Einwand“ (Einwurf) verbindet (dahin, daß derselbe auch rechtliche Gegendeduction oder thatsächliche Verneinung des Klagegrundes umfassen soll), ist der Rechtssprache unbekannt. Welcher Werth aber auf die Argumente von dem Instanzenverlust und der Abschneidung möglicherweise unnützer Beweisaufnahme zu legen, darüber glauben wir uns in der Abhandlung S. 153 fgd. der Beiträge und oben ad II dieses Aufsatzes hinlänglich geäußert zu haben. Da übrigens der Appellations-Richter seiner Rechtsansicht keine weitere Folge gegeben, sondern definitiv in der Sache erkannt und nur in Betreff der Höhe der zugesprochenen Vergütung eine weitere Entscheidung vorbehalten hat (deren Trennbarkeit von der Entscheidung über den Klagegrund im vorliegenden Falle freilich dahin steht), so wird die in Rede stehende processualische Frage dies Mal schwerlich zum Ausspruch des nunmehr vom Verklagten angerufenen Revisionsrichters gelangen.

Nachtrag zu der vorstehenden Abhandlung.

In dem oben zu III. mitgetheilten Rechtsfalle hat auf die erneute Appellation des Klägers das Appellationsgericht zu M. am 11. Juli 1864 unter Aufhebung des Urtels erster Instanz die Sache nochmals zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen. Die Gründe lauten wörtlich:

„Es war, wie geschehen, zu erkennen.

Denn das Appellationserkenntniß vom 16. November v. J. ist von dem Verklagten durch das zuständige Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten und hat somit die Rechtskraft beschritten. Es ist also formelles Recht zwischen den Parteien hierdurch entstanden und der Vorderrichter mußte danach unbedingt verfahren und hatte nicht die Befugniß, seinen bereits rechtskräftig verworfenen Entscheidungsgrund wiederum zur Geltung zu bringen.

Unter diesen Umständen bedurfte es auch nicht des Eingehens auf die Gründe in dem Erkenntnisse vom 11. Februar d. J., und ebensowenig konnte auf die Anführungen des Verklagten in der jetzigen Appellationsbeantwortung eingegangen werden; vielmehr war das erwähnte Erkenntniß lediglich aufzuheben und das App.-Erk. vom 16. November v. J. hierdurch wieder in Kraft zu setzen.“

Digitized by Google

Eine Widerlegung der in dem Urtel erster Instanz ausführlich begründeten Rechtsansicht, daß das frühere Appellationserkenntniß nur in dem Sinne rechtskräftig geworden sei, daß eine neue, aber materiell völlig freie Entscheidung erster Instanz dadurch herbeigeführt werde, wird in der Ausführung des zweiten Richters schwerlich zu entdecken sein. Die bloße Bezeichnung einer richterlichen Entscheidung als Erkenntniß genügt nicht, um sie der Rechtskraft in dem vom App.-Richter vorausgesetzten materiellen Sinne fähig zu machen. § 38 I, 13 A. G. O. spricht bloßen Entscheidungsgründen die Kraft eines Urtels auch dann ab, wenn sie in die wirkliche Entscheidung eingemischt sein sollten. Die Ausführung des aufgehobenen Urtels erster Instanz ging aber eben dahin, daß der reformatorischen Appellationsentscheidung wegen ihres materiellen Inhalts nur die Bedeutung eines Entscheidungsgrundes beizulegen sei. Auf diese Ausführung ist der Appellationsrichter nicht näher eingegangen. Das Gericht erster Instanz würde daher unzweifelhaft in der Lage sein, sein aufgehobenes Urtel abermals wiederherzustellen, wenn nicht der Verklagte nunmehr die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt hätte, wodurch die Sache vermuthlich der in dem Transmissoriale des Appellationsrichters erwarteten vollständigen Erledigung näher gebracht werden wird.

In einem anderen Falle (Beitr. B. 8 Seite 157 II.) hat das Ober-Tribunal zwar das richtige Princip ausgesprochen, aber u. E. nicht zutreffend angewendet:

Die Klägerin hatte dem Verklagten, welcher ihr die Ehe versprochen hatte und in Folge dessen zu ihr gezogen war, mehrere Jahre hindurch Wohnung, Heizung, Beleuchtung und Beköstigung gewährt. Sie klagt dafür eine unbestritten angemessene Vergütung in Gelde ein. Der Verklagte bittet um Abweisung. Er folgert die Absicht der Klägerin, zu schenken, aus dem bestandenen Verlöbniß und erhebt außerdem den Einwand der Zahlung und der Verjährung.

Das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig wies die Klägerin ab, weil die in §§ 873. 874 I. 11 A. L. R. vorausgesetzte Absicht, ein Rechtsgeschäft einzugehen, insbesondere den anderen Theil zu einer Gegenleistung zu verpflichten, unter den obwaltenden Umständen, namentlich mit Rücksicht auf das stattgefundene Verlöbniß nicht anzunehmen sei. Der Appellationsrichter änderte indessen das Erkenntniß dahin ab:

> „daß unter Verwerfung des Entscheidungsgrundes, es könne unter den obwaltenden Umständen, daß sich beide Theile zu

Digitized by Google

heirathen beabsichtigt, keine Absicht des Verklagten, sich der Klägerin für ihre Zuwendungen zu verpflichten, angenommen werden, die Entscheidung in der Sache selbst, sowie über die Kosten in die erste Instanz zurückzuverweisen."

Hiergegen wurde von keiner Seite ein Rechtsmittel eingelegt. Der erste Richter erkannte indessen wiederum auf Abweisung der Klägerin, indem er sich durch den im Tenor zum Ausdruck gebrachten Entscheidungsgrund des zweiten Richters nicht gebunden erachtete. Auf die erneute Appellation der Klägerin verurtheilte das App.-Gericht zu M. den Verklagten abändernd nach dem ermäßigten Klagcantrage. Auf den Entscheidungsgrund des ersten Richters, welcher als „rechtskräftig verworfen" bezeichnet wird, wird nicht näher eingegangen. Dagegen findet sich die Bemerkung: „die Einwendungen der Zahlung, der Verjährung und der Schenkung sind nicht stichhaltig." Die beiden ersteren, welche der erste Richter ausdrücklich von der Beurtheilung ausgeschlossen hatte, werden in besonderer Ausführung widerlegt. Rücksichtlich der Schenkung ist bemerkt: „Der durch die ganze Sachlage begründete Widerruf der Zuwendungen liegt in der Rückforderung durch die angestellte Klage."

Zum Verständniß dieses Grundes ist zu erwähnen, daß das frühere Appellations-Erkenntniß die Rückforderung des wenngleich animo donandi Gegebenen nach § 200 I. 16; 112 II. 1 A. L. R. für statthaft erklärt, der erste Richter aber bei seiner neuen Entscheidung die Voraussetzungen dieser Vorschriften und, im Falle von einer Schenkung überhaupt die Rede sein kann, einen gesetzlichen Widerrufsgrund vermißt hatte.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten hat das Ober-Tribunal durch Erk. v. 5. Juli 1864 (Nr. 82,164 IV. 2829) das abändernde Appellationserkenntniß vernichtet und die Sache zur Vervollständigung des Beweisverfahrens über den Zahlungseinwand des Verklagten und zur anderweitigen Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen.

Es wird ausgeführt: Ein Unterschied zwischen dem verworfenen Entscheidungsgrunde des ersten Richters und dem vom Verkl. erhobenen Einwande der Schenkung liege nicht vor; überhaupt könne nur ein Einwand präjudicieller Natur zum Gegenstande eines Separat-Verfahrens gemacht werden (§ 29. 30. I. 5 A. G. O). Indessen entscheide der App.-Richter doch nochmals selbstständig den Einwand der Schenkung und verletze dabei den § 1045 I. 11 A. L. R.,

Digitized by Google

da die §§ 112, II. 1 und 200 I. 46 A. L. R. auf das vorliegende Sachverhältniß nicht passen, daher auch nicht die Anwendung des § 1045 cit. ausschließen. Sein Erkenntniß unterliege deshalb der Vernichtung. Bei freier Beurtheilung sei zwar der Einwand der Schenkung durch das frühere Erkenntniß zweiter Instanz rechtskräftig verworfen, da, wenn über den Sinn der Urtelsformel ein Zweifel entstehen könnte, er in den Gründen seine völlige Erläuterung finde. Auch der Verjährungseinwand ergebe sich als hinfällig. Dagegen bedürfe es noch der näheren Ermittelung des Zahlungseinwandes.

Das Ober-Tribunal erkennt also an, was wir vertheidigt haben, daß (scil. in der Regel s. Beitr. a. a. O. S. 160. 161) nur ein Einwand präjudicieller Natur zur Separatentscheidung gezogen werden darf. Indessen konnte im vorliegenden Falle von einem „Einwande" nicht die Rede sein. Die Behauptung, daß eine Schenkung vorliege, involvirte die Verneinung des Klaggrundes (Hingeben und Empfang in der auf Vergütung gerichteten Absicht). Eine solche Vertheidigung gehört nicht unter den Begriff eines Einwandes. Auch im heutigen Recht ist der Unterschied zwischen Verneinung und Einrede bedeutsam und positiv anerkannt. Einrede ist nur, wie Förster, Preuß. Privatrecht Bd. I. 1864 S. 244 treffend definirt, diejenige Vertheidigung, welche sich gegen das Fundament der Klage indifferent verhält, aber auf Grund selbstständiger Thatsachen oder Berechtigungen den Anspruch des Klägers beseitigen soll. Eine Vertheidigung also, welche das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniß in Abrede stellt, und die Existenz eines andern Rechtsverhältnisses behauptet, fällt nicht unter den Begriff der Einrede und hängt überhaupt so eng mit dem Klagegrunde zusammen, daß sie sich deshalb nicht zur Präjudicial-Entscheidung eignet. Hierin kann auch der Umstand nichts ändern, daß etwa neue thatsächliche Momente dieses vom Verklagten behauptete Rechtsverhältniß zerstört haben (z. B. daß die behauptete Schenkung aus thatsächlichen Gründen rückgängig gemacht worden). Nur gegen eine wahre Einrede ist eine wahre Replik möglich (l. 22 D. de excep. 41, 1). Entscheidet der Richter über jene Replication im weiteren Sinne und verneint deshalb die Existenz des vom Beklagten behaupteten Verhältnisses, so entscheidet er nicht über einen Einwand, sondern geht in eine Prüfung des Klaggrundes ein. Im vorliegenden Falle aber hatte der erste Richter nicht einmal eine Schenkung angenommen, vielmehr die Existenz eines jeden Rechtsgeschäfts verneint, und diesen Entscheidungsgrund, welcher unzweideutig das Klagfundament betraf, verwarf der zweite Richter, indem auch er nur hypothetisch eine Schen-

Digitized by Google

kung supponirte, welche er durch den Wechsel der Umstände für hinfällig gemacht erachtete. Das neue Appellations-Erkenntniß läßt sich nur (nach Anh. § 123 z. A. G. O.) auf die vom ersten Richter übergangenen Einreden ein; im übrigen wiederholt es jenen Entscheidungsgrund, welchen der erste Richter zu widerlegen versucht hatte, mit einer gegen diesen gerichteten Ausführung und knüpft daran ohne Weiteres die Verurtheilung des Verklagten. Der Nichtigkeitsrichter konnte demnach u. E. den „Einwand" der Schenkung nicht als rechtskräftig verworfen betrachten, sondern hatte bei freier Beurtheilung auf eine vollständige Prüfung des Klagefundaments einzugehen. Nur so war die Möglichkeit auszuschließen, daß der Appellationsrichter trotz der zur Vernichtung seines Urtels Anlaß gebenden Ausführung des Ober-Tribunals auf seinen die Verurtheilung des Verklagten allein haltenden Entscheidungsgrund zurückkommt und sich nur noch, dem Interlocut des Ober-Tribunals entsprechend, mit dem Zahlungseinwande beschäftigt. Der vorstehende Fall wird einen neuen Beweis liefern, wie sehr der ausgedehnte Gebrauch von der Befugniß zu präparatorischer Entscheidung in den höheren Instanzen die Prozeßlage verwickelt und die endliche Entscheidung des Falles verzögert.

Nr. 12.

Collision der Rechte mehrerer Subhastationsextrahenten im Fall des Miteigenthums Mehrerer an der zu subhastirenden Sache.

Vom Kreisrichter Schlomka zu Erfurt.

Charakteristische Eigenschaft des Pfandrechts ist nach Römischem, wie nach Preußischem Rechte das Recht des Verkaufs des Pfandes.

(L. 4 D. 13, 7; § 25. 197 folg. 436, 490. I. 20 A. L. R.)

Der Fall, daß dieses Recht vertragsmäßig ausgeschlossen ist, ist Ausnahme und ein solches Pfandrecht daher als ein irreguläres anzusehen.

Im Römischen Recht stand der Regel nach nur dem bessern Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs zu;

(L. 8. C. 8, 18; L. 1. C. 8, 46.)

nur beim pignus in causa judicati captum war auch dem nachstehenden Pfandgläubiger der Verkauf gestattet, vorausgesetzt jedoch, daß dabei der prior creditor vollständig gedeckt war.

(L. 15 § 5 D. 42, 1.)

Digitized by Google

Dem Rechte des nachstehenden Pfandgläubigers wurde durch das jus offerendi zur Geltung verholfen.

(L 22 C. 8, 14; L. 5 C. 8, 18; L. 11 § 4; L. 12 § 6 D. 20, 4.)

Das Preußische Recht giebt dagegen das Veräußerungsrecht auch dem nachstehenden Hypothekengläubiger (§ 36 I. 20 A. L. R.) und das jus offerendi hat daher seine Hauptbedeutung im Preußischen Rechte verloren. Und dies um so mehr, als überhaupt der Regel nach jeder Gläubiger (nicht blos der Pfandgläubiger) verpflichtet ist, von jedem Dritten (nicht blos von einem nachstehenden Pfandgläubiger) Zahlung anzunehmen und jura zu cediren.

(§ 49, 50 I. 16 A. L. R.)

Den Collisionen, welche durch das allen Gläubigern zustehende Verkaufsrecht des Pfandes entstehen könnten, ist dadurch vorgebeugt, daß die Regel der gerichtliche Verkauf bildet. Es kann eine Collision der Verkaufsrechte, wenn das Pfandobject dasselbe ist, nicht wohl eintreten; schwebt schon auf Antrag eines Gläubigers der gerichtliche Verkauf, so hat der zweite Gläubiger, welcher ebenfalls die Realisirung seiner Forderung beabsichtigt, dem bereits angebrachten Antrage auf Verkauf beizutreten.

(§ 376 der Konk.-O.)

Dagegen kann wenigstens eine scheinbare Collision eintreten in dem Falle, wo dem einem Gläubiger nur ein ideeller Antheil an der Sache, dem andern aber das Ganze haftet und soll an dem nachfolgenden Falle versucht werden, festzustellen, wie sich hier die Rechte beider Gläubiger stellen.

U, welchem nur der ideelle Antheil des B, des Miteigenthümers eines Hauses, verpfändet war, hatte im Wege der Execution die Subhastation des Antheils seines Schuldners ausgebracht.

Auf dem ganzen Grundstück war C mit einer Forderung eingetragen. Dieser hatte gegen A (den andern Miteigenthümer) und B den executivischen Titel erlangt und beantragte nach bereits erfolgter Einleitung der Subhastation des B'schen Antheils (der Licitationstermin stand nahe bevor) die Subhastation des ganzen Grundstücks, und blieb bei diesem Antrage auch, nachdem ihm mitgetheilt war, daß die Subhastation des B'schen Antheils bereits schwebe.

Er wurde mit dem Antrage zurückgewiesen, weil man annahm, daß, nachdem bereits ein Zwangsverkauf des B'schen Antheils eingeleitet

Digitized by Google

war, nicht ein zweites Verfahren zum Verkauf desselben Antheils (und ein solcher war in dem Antrage auf Subhastation des Ganzen unzweifelhaft zu finden) neben diesem zulässig sei.

Diese Verfügung war gewiß vollständig gerechtfertigt.

Zwar darf man in die vorliegende Frage den Begriff der Litigiosität nicht einmischen, da das Subhastationsverfahren als ein Rechtsstreit im Sinne des § 48 Tit. 7 der Proc.-O. nicht anzusehen ist (Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 12. September 1862 in Striethorst's Archiv Bd. 44 S. 364). Auch ist die Geltendmachung des executivischen Titels Seitens des Hypothekengläubigers keine Veränderung, welche der Besitzer mit der Sache vornimmt, noch auch passen die Bestimmungen des § 7, 9 Tit. 24 Proc.-O. irgend auf den vorliegenden Fall.

Allein so wenig, wie man überhaupt wird bezweifeln können, daß ein gerichtliches Verkaufsverfahren, welches sich auf dieselbe Sache bezieht, und denselben Zweck, nämlich Befriedigung der Gläubiger aus der Sache verfolgt, nicht doppelt schweben kann (§ 362 der Konk.-O. setzt eben die Unmöglichkeit hiervon als sich von selbst verstehend voraus), ebensowenig wird man die Zulässigkeit für den vorliegenden Fall behaupten können, da die Subhastation des Ganzen nothwendig die Subhastation des ideellen Antheils mitumfaßt.

Durch die Adjudikation des B'schen Antheils und Zahlung der Kaufgelder erhält der Adjudikatar in der zuerst ausgebrachten Subhastation diesen Antheil frei von der Forderung des C (§ 400 der Konk.-O.); die später von C wegen dieser Forderung ausgebrachte Subhastation berührt ihn nicht und es würde daher selbstredend der B'sche Antheil in der von C ausgebrachten Subhastation nicht zugeschlagen werden können.

Der C hat sich denn auch bei der zurückweisenden Verfügung beruhigt, aber auch andere Anträge nicht gestellt.

Es ist nun aber die Frage von Interesse:

Welche Anträge hatte C zu stellen, um sein unzweifelhaftes Recht auf Subhastation zur Geltung zu bringen?

a) Er hätte zunächst der von U ausgebrachten Subhastation des B'schen Antheils beitreten und in einem besondern Antrage den A'schen Antheil zur Subhastation bringen können.

Es könnte sich vielleicht fragen, ob hiergegen nicht der Mitbesitzer A Widerspruch erheben konnte. A könnte nämlich dem C das Recht bestreiten wollen, jede ideelle Hälfte abgesondert zur Subhastation zu

Digitized by Google

bringen, da ihm nur das Recht zustehe, sich an die verpfändete Sache (§ 436 I. 20 A. L. R.) zu halten, nicht aber an einen aliquoten Theil derselben. Er könnte sich auf § 468 I. 20 A. L. R. berufen, nach welchem der Gläubiger, wenn das durch Eintragung verpfändete Grundstück durch Erbgangsrecht oder auf andere Art getheilt worden, wegen seiner ganzen Forderung an jeden getrennten Theil sich halten kann. Denn es ist allerdings klar, daß dieser § eine wirkliche reale Theilung voraussetzt und A könnte daher e contrario folgern, daß eine Subhastation der ideellen Theile dem C nicht zustehe.

Indessen, wenn man auch zugeben muß, daß dem Gläubiger nicht freisteht, willkürlich aliquote Theile einer im Alleineigenthum seines Schuldners befindlichen Sache zur Subhastation zu bringen, so liegt der vorliegende Fall doch wesentlich anders.

Denn da A und B dem C solidarisch verpflichtet sind, so kann C wegen seiner Forderung sich auch an den Einzelnen halten. Er kann die Forderung nur gegen den A ausklagen und nur gegen A einen executivischen Titel erlangen. Es können äußere Hindernisse die Rechtsverfolgung gegen den B erschweren, oder er kann von B in Betreff seines Antheils befriedigt sein und findet keine Veranlassung, denselben über seinen Antheil hinaus in Anspruch zu nehmen; er kann endlich den B seiner Verbindlichkeit entlassen und dessen Antheil förmlich von der Hypothek freigeben. Er braucht überall keine Auskunft zu geben, weshalb er das Eine oder Andre thut, da er nur das ihm durch § 430 I. 5. A. L. R. gegebene Recht gebraucht, nur einen seiner Schuldner in Anspruch zu nehmen.

Man wird ihm also an sich gewiß nicht das Recht bestreiten können, nur gegen den A die Subhastation von dessen Antheil zu extrahiren. Man wird aber eben so wenig sagen können, daß ihm hierdurch das Recht verloren geht, nach erfolgter Adjudikation des A'schen Antheils (nach vorher erlangtem executivischen Titel) nunmehr auch den B'schen Antheil zur Subhastation zu bringen, wenn er den B nicht etwa schon ausdrücklich entlassen hat.

Mit andern Worten: Das dem Gläubiger eines Miteigenthümers im § 74 I. 17 A. L. R. gegebene Recht, den Antheil seines Schuldners zur Subhastation zu bringen, steht dem Gläubiger, welchem beide Miteigenthümer solidarisch haften, einem Jeden von ihnen gegenüber zu, da er nicht nur gegen sie alle in Gemeinschaft, sondern gegen jeden von ihnen einzeln eine Obligation und Klage hat.

Man kann daher dem C im vorliegenden Falle, wo die Subhastation des B'schen Antheils schon schwebt, nicht das Recht abschneiden,

Digitized by Google

eine abgesonderte Subhastation des A'schen Antheils zu extrahiren. Es kann ihm daran gelegen sein, den unten zu b angegebenen Weg nicht einzuschlagen, weil dadurch, wie dort gezeigt werden wird, der Zuschlag des B'schen Grundstücksantheils allerdings aufgehalten wird.

Man kann aber hieraus freilich nicht folgern, daß es im Belieben des Gläubigers stehe, nachdem er die Subhastation des Ganzen ausgebracht hat, das Ausgebot und den Zuschlag der einzelnen ideellen Antheile zu verlangen. Denn indem er die Subhastation des Ganzen extrahirt, macht er eben nicht seine Forderung gegen den einzelnen Miteigenthümer, sondern gegen dieselben insgesammt geltend, und es erscheint bei einer auf das Ganze eingeleiteten Subhastation das Verlangen des Zuschlags der einzelnen ideellen Antheile als eine von der Zustimmung aller Interessenten abhängige Verkaufsmodalität.

b) In den bei weitem meisten Fällen wird indessen der Gläubiger, dem das ganze Grundstück haftet, wünschen, es als Ganzes zum Verkauf zu bringen, weil dadurch präsumtiv ein höherer Erlös erzielt wird.

Um zu diesem Ziele zu gelangen, muß C zunächst der bereits wegen des B'schen Antheils schwebenden Subhastation beitreten, damit den Antrag auf Subhastation des A'schen Antheils verbinden und beantragen, auf Grund dieser Anträge die Subhastation des B'schen Antheils nunmehr dergestalt zur Ausführung zu bringen, daß der B'sche Antheil zur Subhastation gebracht, d. h. daß das Grundstück als ein Ganzes ausgeboten wird.

Mit diesen Anträgen macht C lediglich das ihm zustehende Recht geltend.

Denn nach § 443 I. 20 A. L. R. erstreckt sich das Recht des Hypothekengläubigers auf das ganze Grundstück, er kann also auch verlangen, daß es als Ganzes zum Verkauf gestellt wird.

Daß die Besitzer A und B dagegen kein Widerspruchsrecht haben, leuchtet von selbst ein.

Aber auch U (der Extrahent der Subhastation des B'schen Antheils) kann dem nicht widersprechen, denn das ihm nach § 74 I. 17 A. L. R. gegebene Recht, den Antheil seines Schuldners an der Sache selbst zur Subhastation zu bringen, enthält nicht das Recht zu verlangen, daß der Antheil für sich zur Subhastation gestellt werde. So wenig er dies Recht geltend machen könnte, wenn C zuerst die Subhastation des Ganzen ausgebracht und er dem Subhastationsantrage wegen des B'schen Antheils adhärirt hätte; eben so wenig kann er in dem vorausgesetzten Falle dem Antrage des adhärirenden C widersprechen. Sein Recht die Befriedigung aus dem B'schen Antheil zu suchen, wird durch den C'schen

Digitized by Google

Antrag nicht alterirt, sondern ganz eben so, wie durch die Subhastation des Antheils realisirt.

Eine Collision der Rechte liegt daher überall nicht vor.

Zwar hat das Ober-Tribunal unterm 24. October 1851 (J. M. Bl. 1853 S. 107) ausgesprochen, daß die Adhärenten einer Subhastation, d. h. diejenigen Gläubiger des Subhastaten, für welche erst nach der Verfügung, wodurch der Bietungstermin anberaumt worden, die Requisition auf Zuziehung zum Subhastationsverfahren wegen einer rechtskräftigen Forderung zu den Subhastationsacten kommt, daraus, daß ihnen das Subhastationspatent nicht zugefertigt worden, keinen Nichtigkeitsgrund entnehmen können; allein damit ist den bezeichneten Adhärenten nicht die Eigenschaft wirklicher Mitextrahenten und Interessenten der Subhastation abgesprochen. Der (nicht bekannt gemachte) Grund des Beschlusses ist vielmehr offenbar der: daß deshalb, weil die bezeichneten Adhärenten zur Zeit des Erlasses des Subhastationspatents noch nicht Interessenten waren, sie aus einer angeblichen Versäumniß einer Förmlichkeit aus dieser Zeit keinen Nichtigkeitsgrund herleiten können, so weit sich diese Förmlichkeit eben nur auf sie, die damals in der That noch nicht Interessenten waren, bezieht.

Es steht hiernach dem C, selbst wenn er kein Hypothekengläubiger wäre und erst nach Anberaumung des Bietungstermins adhärirt hat, schon in seiner Eigenschaft als Adhärent bis zum Schluß des Bietungstermins (§ 12 der V. vom 4. März 1834) zu, Anträge in Bezug auf die Modalitäten des Verkaufs zu stellen und, wie oben gezeigt, ist sein Antrag:

beide ideelle Antheile als ein Ganzes zur Subhastation zu bringen,

durch das ihm zustehende materielle Recht vollständig begründet und tritt nicht einmal mit dem Rechte des U in Collision.

Freilich wird durch den Antrag des C das Subhastationsverfahren hinausgeschoben; es muß geradezu von vorne angefangen werden; allein dieser Umstand und die dadurch der Masse entstehenden Mehrkosten können keinen Grund abgeben, dem C die Geltendmachung seines Rechts abzuschneiden.

Freilich kann ferner C später seinen Antrag auf Subhastation des Ganzen, und zwar vielleicht gerade kurz vor dem Bietungstermin, wieder zurücknehmen und die Folge wird nach der richtigen Ausführung im Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 29. Januar 1858 (Striethorst Archiv Bd. 27 S. 263) sein, daß auf Grund des das ganze Grundstück als Verkaufsobject bezeichnenden Subhastationspatents nicht der B'sche Antheil ausgeboten und adjudicirt werden kann (§ 30 I. 11 A. L. R.)

Digitized by Google

und daß der U zum dritten mal von vorne anfangen muß; indessen auch dieser Uebelstand kann als Argument gegen das oben ausgeführte Verfahren nicht geltend gemacht werden. Denn derselbe tritt ganz eben so wie in dem unzweifelhaften Falle, wenn C zuerst die Subhastation des Ganzen ausgebracht hat, demnächst U dieser Subhastation hinsichtlich des B'schen Antheils beigetreten war (das einzige Mittel, welches er bei bereits schwebender Subhastation hatte), und nunmehr C seinen Antrag im Licitationstermin zurücknimmt. Auch ist in beiden Fällen der U nicht ohne Hülfsmittel gegen etwaige Chikane des C; denn es wird ihm nicht versagt werden können, wenn er in beiden Fällen das Patent so zu fassen beantragt, daß darin als Object des Ausgebots das ganze Grundstück, nach Befinden die ideelle Hälfte des B, bezeichnet wird. In solchem Falle steht der Grundsatz des oben citirten Ober-Tribunalserkenntnisses dem Zuschlage nicht entgegen.

Vorstehende Betrachtung führt naturgemäß auf die Frage:

Wie stellen sich die Rechtsverhältnisse bei einer Concurrenz der Anträge auf Subhastation Behufs Auseinandersetzung einerseits und auf Subhastation im Wege der Execution andrerseits?

Die folgende Erörterung, bei welcher der Kürze wegen die Subhastation zum Zweck der Auseinandersetzung als Theilungssubhastation, die Subhastation im Wege der Execution als Executionssubhastation bezeichnet werden sollen, soll an den obigen Rechtsfall angeschlossen werden. Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Es schwebt die Executionssubhastation des B'schen Antheils auf Antrag des U, dem allein der B'sche Antheil haftet.

In diesem Falle kann B nicht auf Theilungssubhastation antragen, weil eine solche von B beantragte Subhastation nicht die Wirkungen der nothwendigen Subhastation dem U gegenüber hat und nicht zur Befriedigung des U führt (V. vom 11. August 1843). Wollte man beide Subhastationen neben einander hergehen lassen, wie in dem unten zu 3. aufgeführten Falle, so würde der Erfolg doch sein, daß die von B extrahirte Theilungssubhastation cessiren müßte, sobald in der von U extrahirten der Zuschlagsbescheid abgefaßt wäre, da mit der Aufhebung des Eigenthumsrechts des B zugleich das Recht, die Theilungssubhastation fortzusetzen, cessiren würde.

Dagegen hat A nach § 66, 74 I. 17 A. L. R. das Recht, auch bei bereits schwebender Executionssubhastation des B'schen Antheils auf Theilungssubhastation anzutragen, und muß in solchem Falle die von

Digitized by Google

U ausgebrachte Subhastation sistirt oder mit andern Worten U muß als Adhärent der Theilungssubhastation behandelt werden.

Der Antrag des A kann bis vor dem Schluß des Licitationstermins gestellt werden; denn wie nach § 66 I. 17 A. L. R. die Miteigenthümer sofort nach Abschluß des Kaufs durch Provokation auf Theilung den Verkauf verhindern können, so steht ihnen dies nicht nur während des dem Licitationstermin vorangegangenen, den Verkauf bloß vorbereitenden Verfahrens frei, sondern noch bis zum Schluß des Licitationstermins, mit welchem das zum nothwendigen Verkauf führende Verfahren abgeschlossen wird. Einem nach Schluß des Licitationstermins eingegangenen Antrage des A würde der § 12 der V. vom 4. März 1834 entgegenstehen; A ist dann genöthigt, die Subhastation Behufs Auseinandersetzung gegen den Adjudikatar der B'schen Hälfte, als seinen nunmehrigen Miteigenthümer, auszubringen.

Der von A ausgebrachten Theilungssubhastation kann U auch schon aus dem Grunde nicht widersprechen, weil gegen ihn solche Subhastation nach § 2 der V. vom 11. August 1843 und § 404 der Konk.-O. die vollen Wirkungen der nothwendigen Subhastation hat und zur Realisirung des seinem Schuldner gehörigen Antheils, nach Befinden zu seiner, des U, Befriedigung führt.

2. Es schwebt die Executions-Subhastation des ganzen Grundstücks auf Antrag des Gläubigers C. Da diese Subhastation (neben der Wirkung das Realrecht des C aufzuheben) dieselben Wirkungen hat, wie eine Theilungssubhastation und zu demselben Zwecke führt, nämlich an die Stelle des Grundstücks eine theilbare Geldsumme zu substituiren, und da nach dem, was oben ausgeführt ist, zwei gerichtliche Verkäufe derselben Sache zu demselben Zwecke neben einander unzulässig sind, so hat der Miteigenthümer, welcher theilen will, nur das Recht, der von C ausgebrachten Subhastation als Adhärent beizutreten.

3. Die Theilungssubhastation schwebt.

Dann steht dem C das Recht auf Executionssubhastation zu, da ihn die Theilungssubhastation überhaupt nicht berührt, gegen ihn keine Wirkungen hat und nicht geeignet ist, zu seiner Befriedigung zu führen (V. vom 11. August 1843).

Die Extrahirung dieser Executionssubhastation kann auch nicht darin bestehen, daß C der Theilungssubhastation adhärirt; denn die letztere ist ein Verfahren mit ganz andern Wirkungen und unter andern Interessenten. Der Fall ist ein anderer, als der im Eingange dieses Aufsatzes gesetzte Fall:

Digitized by Google

daß der Antrag des Gläubigers U, dem allein der B'sche Antheil haftet, mit dem des C concurrirt.

Denn die von U extrahirte Subhastation des B'schen Antheils hat auch gegen C alle Wirkungen der nothwendigen Subhastation, C ist Mitinteressent dieses Verfahrens und dasselbe führt (die Suffizienz der Masse vorausgesetzt) zu seiner Befriedigung aus dem B'schen Antheil, während alles dies für den C bei der Theilungssubhastation nicht stattfindet, weil ihm gegenüber die Theilungssubhastation nur freiwilliger Verkauf ist.

Es fragt sich aber:

Kann die Theilungssubhastation ihren Fortgang nehmen, nachdem die Executionssubhastation auf den Antrag des C eingeleitet ist?

Unsers Erachtens ist diese Frage zu bejahen, da nach § 9 Tit. 24 der Proc. O. und nach dem daselbst allegirten § 383 I. 11 A. L. R. der freiwillige Verkauf während des Subhastationsverfahrens keineswegs untersagt ist und daher auch eine nothwendige Subhastation einem Gläubiger gegenüber, gegen welchen sie dem freiwilligen Kaufe gleichsteht, nicht gesetzlich unzulässig sein kann. Freilich wird der Erfolg der Theilungssubhastation nur der sein, daß der Adjudikatar derselben nach § 9 Tit. 24 der Proc. O. und § 384 I. 11 A. L. R. (vergl. auch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 8. December 1854; Entsch. Bd. 30 S. 212) dem spätern Adjudikatar der Executionssubhastation ganz eben so weichen muß, wie ein Käufer, welcher das Grundstück während der Subhastation aus freier Hand gekauft hat; aus diesem Umstande, der nicht die Gültigkeit des Kaufs, sondern lediglich die Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Schulden berührt, kann aber eine Unzulässigkeit der Theilungssubhastation selbst nicht gefolgert werden. Denn es kann selbst der Adjudikatar der Theilungssubhastation diese Folge abwenden, wenn er vor Schluß des Licitationstermins den C befriedigt.

Der Fall ist auch ein ganz andrer, als der zu 2 erörterte, wo der Fortsetzung der schwebenden Subhastation die positive Bestimmung des § 66 I. 17 A. L. R. entgegensteht.

Dagegen wird allerdings der Richter Veranlassung haben, die Eigenthümer, als Extrahenten der Theilungssubhastation, aufzufordern, statt diese Subhastation fortzusetzen, der von C ausgebrachten Subhastation, durch welche ihr Zweck der Theilung ebenfalls erreicht wird, als Adhärenten beizutreten oder, mit andern Worten, die von ihnen ausgebrachte Theilungssubhastation mit jener verbinden zu lassen; er wird auch, wenn dies ohne Erfolg ist, die Bietungslustigen von der

Digitized by Google

auf Antrag des C schwebenden Subhastation in Kenntniß zu setzen haben. Beides ist nach § 31 II. 2 und § 11 II. 3 A. Ger. O. selbst bei freiwilligen Verkäufen seine Pflicht, und wenn dies geschieht, so wird wohl die Theilungssubhastation in den meisten Fällen ihre Erledigung ohne Adjudikation finden.

4. Bei der Frage, ob bei bereits schwebender Theilungssubhastation U (dem lediglich der B'sche Antheil haftet) auf Executionssubhastation antragen kann, ist zu scheiden: ob bloß B oder ob auch A die Theilungssubhastation ausgebracht hat?

Im ersten Falle hat die Theilungssubhastation nach der Verordnung vom 12. August 1843 dem U gegenüber nicht die Folgen der nothwendigen Subhastation und führt nicht zu seiner Befriedigung. Der Fall liegt daher ganz wie der zu 3., d. h. die Theilungssubhastion des Ganzen und die Executionssubhastation des B'schen Antheils laufen neben einander her und der Adjudikatar der erstern muß sich den auch spätern Zuschlag der B'schen Hälfte an den Adjudikatar der von U ausgebrachten Subhastation gefallen lassen.

Hat dagegen A die Theilungssubhastation ausgebracht, oder ist er dem Antrage auch nur beigetreten, so hat die Theilungssubhastation dem U gegenüber die Wirkungen der nothwendigen Subhastation, geht also auf dasselbe Ziel, wie eine von ihm auszubringende Executionssubhastation. Aus diesem Grunde und wegen § 66 I. 17 A. L. R. steht ihm daher nur frei, der schwebenden Theilungssubhastation als Adhärent beizutreten.

5. Endlich verfolgt die von Benefizialerben extrahirte Subhastation dieselben Ziele und hat dieselben Wirkungen, wie die Executionssubhastation (§ 404 der Konk. O.). Der Gläubiger, wie der Benefizialerbe, kann daher nur der bereits schwebenden Subhastation als Adhärent beitreten.

Nr. 13.

Rangordnung der Massengläubiger.

Von dem Kreisrichter Kuhr in Grottkau.

Bereits Koch hat in seinem Commentar zur Konk.-Ordn. (Anm. 84 zu § 45 der Konk.-Ordn. von 1855) angeregt, daß die Konk.-Ordn. eine Bestimmung über die Rangordnung der Massengläubiger nicht enthält, und in der Praxis doch Fälle vorkommen können, und auch in

Digitized by Google

der That vorkommen, in denen die Frage über die Priorität unter den Massengläubigern entschieden werden muß.

Die betreffenden Paragraphen lauten:

§ 40. Von der gemeinschaftlichen Konkursmasse, sowie von jeder abgesonderten Masse sind die in Beziehung auf dieselbe entstandenen Kommunkosten in Abzug zu bringen.

§ 41. Als Kommunkosten sind zu betrachten:

1) alle Kosten, welche behufs der Eröffnung des Konkurses, sowie behufs der Ermittelung, Sicherstellung, Einziehung, Zahlbarmachung und Vertheilung der Masse, ingleichen behufs der Ermittelung und Feststellung der Anrechte der Gläubiger erwachsen, soweit sie nicht von den einzelnen Gläubigern getragen werden müssen;

2) alle Ausgaben, welche bei der Verwaltung der Masse entstehen, insbesondere alle Ausgaben zur Bestreitung der aus der Grundstücksmasse zu entrichtenden laufenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen, sowie der Verwaltungs- und Wirthschaftskosten, ingleichen alle Ausgaben zur Erhaltung und nöthigen Verbesserung der in Beschlag genommenen Sachen, sowie zur Erstattung der deshalb etwa geleisteten Vorschüsse.

§ 42. Außer den Kommunkosten sind als Schulden der Masse anzusehen und aus derselben vollständig zu befriedigen:

1) alle Ansprüche gegen die Masse, welche aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen des Verwalters derselben entstanden sind;

2) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfüllten Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners, in welche die Gläubigerschaft an Stelle desselben eingetreten ist (§§ 16. 19. 20. 27. Nr. 2.;

3) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht beendigten Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners, welche für die Gläubigerschaft über den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hinaus verbindlich sind (§§ 18 bis 20), sofern die Ansprüche in Forderungen für die Zeit nach der Konkurseröffnung bestehen.

§ 45. Die Ansprüche der Massegläubiger sind unabhängig von dem im Konkurse stattfindenden Anmeldungs- und Vertheilungsverfahren geltend zu machen und zu befriedigen.

Die Befriedigung erfolgt, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind.

In einem uns vorliegenden Konkurs wurde die ursprünglich nicht unbedeutende Masse dadurch außerordentlich geschmälert, daß mehre wichtige Prozesse, die der Verwalter der Masse, theils als Kläger, theils als Beklagter für die Masse geführt hatte, zu deren Ungunsten entschieden wurden. Anderntheils waren ebendadurch und durch andere ungewöhnliche Umstände die Massen-Schulden erheblich gesteigert, so daß der vorhandene Bestand zur Befriedigung der Massen-Gläubiger nicht mehr ausreichte und die Konkurs-Gläubiger sämmtlich leer ausgingen.

Digitized by Google

Es nahmen nunmehr a) zwei Salarien-Kassen, nämlich die Kasse des Kreisgerichts zu Gr. wegen der Konkurskosten, und die des Stadtgerichts zu B. wegen der Kosten mehrerer von dem Verwalter der Masse geführten Prozesse, zu deren Tragung die Masse verurtheilt worden war, vorzugsweise Befriedigung vor allen anderen Gläubigern, auch vor dem Verwalter der Masse wegen seiner Deserviten und Auslagen, in Anspruch.

b) Der Massenverwalter verlangte vorzügliche Befriedigung vor den übrigen Massenforderungen, und pro rata Befriedigung mit der Salarien-Kasse des Kreisgerichts zu Gr. wegen der Konkurskosten.

c) Die sämmtlichen übrigen Massengläubiger wollten keinerlei Vorzugsrecht des Einen Massengläubigers vor dem Andern statuiren.

Die verschiedenen Prozesse, die sich daraus entwickelten, sind von den Gerichten nicht überall nach denselben Rechtsgrundsätzen entschieden worden, und es zeigte sich in der Rechtsprechung eine gewisse Unsicherheit, die es wünschenswerth machen dürfte, auf die Sache näher einzugehen.

Es sei gestattet, einen Rückblick auf die historische Entwickelung der betreffenden Rechtsbestimmungen zu werfen.

Im gemeinen deutschen Recht war es unter den Rechtslehrern bestritten, ob die Kommunkosten von der Masse vorweg abzuziehen sind, und daher dem letzten Percipienten entgehen, oder von den einzelnen Liquidanten pro rata percepti getragen werden. Die letztere — und auch wohl richtigere — Meinung (denn Keiner kann zur Hebung gelangen, ohne daß das vorgeschriebene Verfahren beobachtet wird; jeder Gläubiger befaßt das Gericht mit einem Geschäft, er muß also auch die Geschäftsunkosten dafür tragen) war in der Praxis überwiegend recipirt (Koch, Recht der Forderungen B. I S. 465, und die dort in der Anm. 6 allegirte Literatur). Darnach konnte der hier vorliegende Streit über die Rangordnung der Massenforderungen nicht vorkommen. Jeder Gläubiger hatte seinen Antheil besonders zu entrichten und kam nur für denselben auf.

Schon die Allg. Ger.-Ordn. wich von diesem Prinzipe theilweise ab und bestimmte zwar noch bezüglich der Mobiliar-Masse:

> (§ 529 Th. I. Tit. 50.) „daß die Gläubiger die sämmtlichen Kommunkosten, welche im Vorstehenden nicht zur Immobiliar-Masse gewiesen worden, tragen, und sich dieselben von ihren Hebungen verhältnißmäßig (pro rata percepti) in Abzug bringen lassen müssen,"

und zu diesen Kommunkosten rechnete sie (§ 530 ebendas.):

> „diejenigen Kosten, welche zur Instruction des Konkurs-Prozesses,

Digitized by Google

zur Siegelung und Inventur, zur Versilberung der Mobiliar-Masse, Einklagung und Beitreibung der Aktiv-Capitalien, Besoldung und Bezahlung des Curators und Contradictors und Vertheilung der Gemeinmasse selbst verwendet worden sind. Auch gehören dahin die Kosten der von dem Contradictor wider einzelne Liquidanten, oder von diesen wider ihn eingewendeten Rechtsmittel, welche den Betrag oder die Richtigkeit einer an die Masse liquidirten Forderung betreffen; insofern dieselben in den ergangenen Urtheilen compensirt oder dem Contradictor zur Last gelegt werden. Die Kosten der von einem Gläubiger gegen den andern eingewandten Rechtsmittel gehen die Masse nichts an, sondern sind von dem allein zu tragen, welchem sie in den ergangenen Urtheilen auferlegt worden."

Hinsichtlich der Immobiliar-Masse aber stellte die A. Gerichtsordnung das entgegengesetzte Prinzip auf, indem sie verordnete:

§ 496. „Von den Revenüen eines jeden Jahres werden vorweg abgezogen:
a) alle currente Lasten und Abgaben, auch Wirthschaftsausgaben desselben Jahres;
b) alle Kosten, welche auf die Verwaltung des Grundstückes verwendet worden, wohin also auch die Besoldung des darüber ernannten besonderen Curators oder Aufsehers, die Kosten der Wirthschafts-Revisionen, Rechnungsabnahmen u. s. w., gehören;
c) Alles, was zur Erhaltung und Conservation der Substanz hat verwendet werden müssen, folglich auch Reparaturkosten;
d) die Kosten der Spezial-Distribution selbst."

§ 511. „Von dieser (Immobiliar-) Masse sind abzuziehen (und entgehen also dem letzten Percipienten)
a) alle noch nicht berichtigten Reste der Administrationskosten (§ 496 lit. a b c);
b) die Tax- und Subhastationskosten, insofern sie nicht schon vorschußweise aus den Revenüen bestritten sind;
c) ingleichen die Kosten der Adjudication, Natural- und Civil-Uebergabe;
d) sowie die Haupt-Distributionskosten."

§ 436. „Sollte sich der Fall ereignen, daß die Gemeinmasse (Mobiliar-Masse) zur Tragung der nach obigen Vorschriften ihr zur Last fallenden Communkosten ganz oder zum Theil nicht hinreichte, so muß der Ausfall aus der Immobiliar-Masse getragen, bei dieser aber vorweg, so daß er dem letzten Percipienten entgeht, abgezogen werden."

Das letztere Princip, wonach die Kommunkosten von der Masse gekürzt werden, hat in neuerer Zeit immer mehr Beifall und Anklang gefunden. So im Gebiet des französischen Rechts, so in Würtemberg und im Königreich Sachsen.

Siehe die Literatur in Anm. 76 zu Koch, Commentar zur Konk.-Ordn. von 1855.

§ 40 der Konk.-Ordn. hat dies Prinzip im Gebiet des Preuß. Rechts zur allgemeinen Geltung gebracht.

Digitized by Google

Damit tritt die Frage über die Rangordnung der zu den Kommunkosten im weitern Sinn zu rechnenden Ansprüche an die Masse wieder an uns heran, und verlangt eine Lösung, wenn die streitenden Massengläubiger nicht sich selbst und dem Zufall des ersten Zugreifens überlassen werden sollen.

Die Massengläubiger unterscheiden sich dadurch wesentlich von den sämmtlichen Konkurs-Gläubigern, daß sie der Masse, d. h. der Gesammtheit der Konkurs-Gläubiger, dem corpus creditorum, als ihrem Schuldner, gegenüberstehen. Die Konkurs-Gläubiger, die alle ihre Befriedigung aus der Masse erstreben, bilden als solche eine Art Einheit oder Genossenschaft, die dieselben Ziele und Zwecke verfolgt, und um zu ihrem Hauptziel, bestmöglichste Befriedigung zu gelangen — durch ihre Vertreter und Bevollmächtigte, namentlich durch den Verwalter der Masse — öfters Schulden und Verpflichtungen einzugehen genöthigt ist. Für diese haftet das corpus creditorum mit seinem ganzen Vermögen, also mit der Gemeinmasse ohne Einschränkung. Dies ist der sachliche Grund für die in den §§ 40 und 42 der Konkurs-Ordnung verordnete unbedingte und vorzugsweise Befriedigung der Massengläubiger vor allen Konkurs-Gläubigern. Denn erst wenn die Gläubiger des corpus creditorum bezahlt sind, kann dieses, können die creditores selbst Etwas erhalten.

Hält man diese Auffassung fest, so hat man damit auch das Prinzip für die Rangordnung der Massengläubiger unter einander gefunden.

Tritt nämlich der Fall ein, daß die Gemeinmasse auch zur Befriedigung der Massengläubiger nicht ausreicht, so scheiden zunächst alle eigentlichen Konkurs-Gläubiger aus, sie stehen sämmtlichen Massengläubigern nach und haben mit denselben überhaupt keine Gemeinschaft. Der ursprüngliche Konkurs ist daher aus Mangel an einem Object für beendigt zu erklären. Dagegen entsteht ein von dem Letzteren völlig unabhängiger Konkurs, der der Massengläubiger, der nicht bloß deshalb von dem Ersteren getrennt gehalten und wohl unterschieden werden muß, weil die liquidirenden Gläubiger in beiden Fällen verschiedene Personen sind, sondern namentlich deßhalb, weil die Gläubiger des ursprünglichen Konkurses, das corpus creditorum, im zweiten Konkurse in dem Rechtsverhältniß des Gemeinschuldners erscheinen, die Parteirollen sich also gewissermaßen umgekehrt haben.

Es sind zwei selbständige, in sich verschiedene Konkurse vorhanden, die nur dann nach einander in die Wirklichkeit treten können, wenn bei dem Konkurse der Massengläubiger, wider Erwarten, sich mehr Massenbestand finden sollte, als zur Deckung aller liquidirten

Digitized by Google

Massenschulden erforderlich ist, und daher für den zweiten gewöhnlichen Konkurs noch Etwas übrig bleibt.

Ist aber der Konkurs der Massengläubiger ein ganz für sich bestehender, so müssen auch für denselben bezüglich der Rangordnung der liquidirenden Gläubiger die nämlichen Bestimmungen, wie sie in den §§ 72 ff. für die Konkurs-Gläubiger überhaupt gegeben sind, eintreten, natürlich dergestalt, daß ihre Eigenschaft als Massengläubiger, da sie eben sämmtlich Massengläubiger sind, nicht weiter in Betracht kommt. Einzelne von den dort aufgeführten Kategorien werden allerdings fortfallen, weil sie sich als Massengläubiger nicht denken lassen, dies hat aber auf die Rechtsverhältnisse der Massengläubiger überhaupt keinen Einfluß, die fehlenden Kategorien scheiden eben einfach aus. Das Genauere wird sich bei Durchgehung der einzelnen Klassen ergeben.

Es werden

I. die Rückstände an directen und indirecten Staatssteuern und anderen denselben gleichstehenden Abgaben, so weit sie Massenschulden sind, d. h. so weit sie für die Zeit seit Eröffnung des Konkurses entrichtet werden oder in Folge von Handlungen, die die Konkurs-Masse gethan hat, zu zahlen sind, oder überhaupt so weit sie die Konkurs-Masse als solche treffen, allen anderen Massengläubigern vorgehen.

II. Demnächst werden zur Hebung gelangen die Rückstände an Abgaben und Leistungen, welche aus dem Gemeinde-, Kreis-, und Provinzialverbande, ingleichen aus dem Kirchen-, Pfarr- und Schulverbande entspringen, oder welche an Kirchen, Pfarren und Schulen, oder an Kirchen- und Schulbediente oder zu gemeinnützigen, unter der Autorität des Preußischen Staats bestehenden Instituten nach Gesetz und Verfassung zu entrichten sind, unter denselben Voraussetzungen, wie bei den Staatsabgaben.

III. Die dritte Kategorie kann als Massenschuld nicht vorkommen, fällt daher im Konkurs der Massengläubiger weg.

IV. Die vierte Kategorie wird nicht leicht vorkommen. Sie läßt sich als Massenschuld nur denken, wenn Medizinal-Kosten bezüglich Personen aufgelaufen sind, denen die Masse Unterhalt und Kur schuldig ist, also etwa bei Dienstboten des Gemeinschuldners, die der Verwalter der Masse zur einstweiligen Fortsetzung der Wirthschaft beibehalten hat.

§§ 86, 88 Gesinde-Ordn. vom 11. November 1810.

Digitized by Google

V. Forderungen der für das zur Masse gehörige Gewerbe des Gemeinschuldners, welches fortgesetzt wird, oder für die Wirthschaft desselben, welche nicht sofort aufgelöset werden kann, angenommenen oder beibehaltenen Personen, insbesondere der Handlungsgehülfen, Handwerksgesellen, Dienstboten, Wirthschaftsbeamten, seit Eröffnung des Konkurses.

VI. Defekte, die dem corpus creditorum zur Last fallen, werden nicht leicht vorkommen können; denn Defekte des Verwalters der Masse, wenn selbst die Masse eine Kassenverwaltung für den Fiscus fortführen sollte, würden als Defekte ihn persönlich nicht seine Machtgeber, treffen.

VII. Nicht anders verhält es sich mit der folgenden Klasse.

VIII. Die auf persönlichen und Familien-Verhältnissen beruhenden Vorzugsrechte der Kinder und der Ehefrau sind auf die Rechtsverhältnisse des corpus creditorum nicht anwendbar.

IX. Alle übrigen Massengläubiger zu gleichen Rechten (pro rata).

Diesen Grundsätzen entsprechend, würde der oben vorgetragene Fall dahin zu entscheiden gewesen sein:

1) daß prioritätisch zur Befriedigung kommen unter sich zu gleichen Rechten — die beiden Salarien-Kassen des Kreisgerichts zu Gr. und Stadtgerichts zu B.;

2) daß alle übrigen Massengläubiger pro rata an dem Ueberrest Theil nehmen. Namentlich hat auch der Verwalter der Masse wegen seiner Deserviten und Auslagen, als solcher ein Vorzugsrecht nicht zu beanspruchen.

Das Appellations-Gericht zu R. entschied den Fall anders. Es ging davon aus, daß die im § 41 der Konk.-Ordn. benannten Personen vor den im § 42 das. bezeichneten befriedigt werden müßten, weil dieselben als Kommunkosten bezeichnet seien, und von den Kommunkosten es im § 40 heißt, daß sie von der gemeinschaftlichen Masse, sowie von jeder Spezial-Masse in Abzug zu bringen seien. Dies wurde dahin ausgelegt, daß sie vor jeder anderen Zahlung vorweg gedeckt werden müßten.

Es machte davon die Anwendung, daß es die Gebühren und Auslagen des Verwalters der Masse, weil dessen Thätigkeit zur Ausmittelung der Masse erforderlich sei, unter § 41 h. t. subsumirte; während es die Kosten (extrajudicialien), die einem Gegner der Konkurs-Masse in Prozessen zur Ermittelung und Feststellung der Activ-Masse erwachsen waren, und zu deren Entrichtung die Masse rechtskräftig verurtheilt war, unter § 42 Nr. 1 brachte, weil es Ansprüche seien, die

Digitized by Google

aus Handlungen des Verwalters der Masse (nämlich aus der Prozeßführung), entstanden waren.

Es ist leicht einzusehen, daß ein prinzipieller Unterschied zwischen den beiden Kategorien in § 41 und 42 nicht besteht, und dieselbe in der Praxis fortwährend in einander übergehen müssen. Sie gehören mit Einem Worte **beide** zu den Kommunkosten im weitern Sinne, und sie sind dazu auch sowohl im gemeinen Recht, als namentlich in der Allg. Ger.-Ordn. gerechnet worden.

§ 530 Thl. I. Tit. 50 der Prozeß-Ordnung sagt:

„Auch gehören dahin (zu den Kommunkosten) die Kosten der von dem Contradictor wider einzelne Liquidanten, oder von diesen wider ihn eingewendeten Rechtsmittel, insofern dieselben in den ergangenen Urtheilen compensirt oder dem Contradictor zur Last gelegt worden."

Einige Beispiele werden dies noch deutlicher machen.

1. Die Extrajudicalien, die den einzelnen Gläubigern in Prozessen Behufs Ermittelung und Feststellung der Anrechte derselben erwachsen sind, und zu deren Ersatz die Masse verurtheilt ist, sind sicherlich „Kosten, welche Behufs Ermittelung und Feststellung der Anrechte der Gläubiger" entstanden sind. Andererseits sind sie aber auch aus Handlungen (dem Bestreiten oder der Prozeßführung) des Verwalters der Masse entstanden.

   Mit demselben Rechte und noch mit größerem, als unter § 42 Nr. 1 kann man dieselben daher unter § 41 Nr. 1 subsumiren.

2. Der Miethsvertrag, den der Verwalter der Masse schließt, um die Sachen der Konkurs-Masse in dem gemietheten Local sicher unterzubringen, ist ein Rechtsgeschäft des Verwalters, aus dem Ansprüche auf den Miethzins an die Masse entspringen, § 42 Nr. 1. Anderseits gehört der Miethzins gewiß zu den „Kosten, welche zur Sicherstellung der Masse aufgewandt sind," und fällt daher unter § 41 Nr. 1 eod.

   Aehnlich in vielen andern Fällen.

Die Sonderung der beiden Kategorien, wie sie in § 41 und § 42 der Konkurs-Ordnung geschehen, stößt daher in der Praxis auf unüberwindliche Schwierigkeiten; aus dem natürlichen Grunde, weil der Sonderung ein Prinzip nicht zu Grunde liegt.

Mit einem Wort: die im § 42 aufgeführten Massenforderungen stehen den Kommunkosten im engeren Sinne — § 41 — als Kommunkosten im weiteren Sinne nicht gegenüber, sondern gleich, und sind mit ihnen zusammen nach der Rangordnung in den §§ 72 seq. der Konkurs-

Digitized by Google

Ordnung zu befriedigen; keineswegs aber denselben in der Priorität nachzustellen.

In dem Wortlaut der Konkurs-Ordnung ist eine solche bevorrechtigte Stellung der im § 41 aufgeführten Forderungen keineswegs gegeben. § 40 daselbst hat nur ihr Verhältniß zu den eigentlichen Konkurs-Gläubigern im Auge, und sagt nur, daß sie vor Befriedigung der Letztern vorweg in Abzug gebracht werden sollen. Und wenn § 42 daselbst bestimmt, daß auch die dort namhaft gemachten Massenschulden aus der Masse vollständig zu befriedigen seien, so ist dies der schlagendste Beweis, daß die Redactoren dabei nur das Verhältniß dieser Gläubiger zu den Konkurs-Gläubigern im Auge gehabt haben, und an eine Rangordnung unter ihnen weder gedacht, noch auch den Fall sich nur als möglich gedacht haben, daß nicht einmal die Massengläubiger vollständig zur Perception kommen könnten.

Diese Auffassung findet eine Bestätigung in dem § 45 Absatz 2 der Konkurs-Ordnung, worin bestimmt ist, daß die Befriedigung der Massengläubiger erfolgt, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind, ohne zu erwähnen, daß ihre Befriedigung unter Umständen unausführbar sein kann.

Hiermit hängt wohl auch die Vorschrift der §§ 306 und 339 der Konkurs-Ordnung zusammen, wonach die Eröffnung des Konkurses unterbleiben kann, wenn der Gemeinschuldner ein den Kosten (d. h. also den Kommunkosten) des Konkurs-Verfahrens entsprechendes Vermögen nicht besitzt. Die Redaktoren sind augenscheinlich davon ausgegangen, daß in einem Falle, wie in dem zu Anfang erwähnten, jedes Verfahren bei Gericht, als zwecklos und unpraktisch zu unterlassen. Sie haben aber übersehen, daß die Kommunkosten sich bisweilen, wie z. B. hier bis zu 1000 Thlrn. und darüber steigern können, und eine Masse von mehren Hunderten von Thalern im Depositorium sich befindet, die in irgend einer Weise an die gleichzeitig andrängenden Gläubiger ausgeschüttet werden muß.

Es giebt für einen solchen Fall kein anderes Prinzip der Vertheilung und Rangordnung, als das allgemeine in den §§ 72 f. der Konkurs-Ordnung und den Satz:

> der Konkurs der Massengläubiger ist als ein selbständiger von dem Hauptkonkurs völlig verschiedener anzusehen. In dem Ersteren vertritt das corpus creditorum die Stelle des Gemeinschuldners.

Digitized by Google

Nr. 14.

Kann der Käufer, der ein gekauftes Thier wegen Gewährsmängel, oder wegen Mangel der gesetzlichen Vertragsform zurückgiebt, von dem Verkäufer Ersatz der Futterkosten fordern?[1])

Mitgetheilt von B. in Breslau.

„Aus dem Verzuge des Verkäufers hinsichtlich der Rücknahme des verkauften fehlerhaften Pferdes ist ein Recht des Käufers auf Erstattung der Futterungskosten nicht abzuleiten."

Dieser Rechtssatz ist in der Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals vom 3. Februar 1863 in Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 48 S. 169 erörtert. Dabei ist angemerkt: die Begründung des hier mitgetheilten Urtheils weicht von den Gründen der früher veröffentlichten Entscheidungen des Ober-Tribunals erheblich ab.

Solche enthält dasselbe Archiv Bd. 35 S. 69, Bd. 26 S. 126, Bd. 21 S. 109. Auch Bd. 18 S. 11 ist die Streitfrage berührt. In der Entscheidung vom 8. März 1850 (Entscheid. Bd. 19 S. 77) ist die Erstattung der Futterkosten beim Rücktritt von einem formlosen Kauf- und Tauschvertrage behandelt.

In beiden Fällen, sowohl beim Rücktritt wegen Gewährsmängel als wegen Mangels der gesetzlichen Vertragsform

> muß der Uebernehmer der Sache dieselbe in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben.
>
> § 157 und § 327 Tit. 5 Th. I A. L. R.

Also, ist gefolgert worden, muß er für die Erhaltung der Sache sorgen; für Erfüllung dieser eignen Pflicht kann er keinen Ersatz beanspruchen.[2]) Der Schluß ist zu weit, darum falsch. — Der Uebernehmer des Thiers ist durch den Kauf Eigenthümer geworden, darum befugt „über die Substanz der Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen," und res merae facultatis ist: die eigne Sache zu erhalten, oder zu verderben.

Nicht in Folge einer gegen den Geber des Thieres verbindenden Obligation, sondern nur „vermöge der allgemeinen Nothwendigkeit,"[3]) daß er im Stande sei die Sache zurückzugeben, muß er das Vieh füttern. Sonst muß er sich nach § 328 Tit. 5 mit dem Minderwerthe

1) Vergl. auch die Glossen zu §§ 337, 338 Tit. 5 Th. I des Allg. Land-Rechts (in diesen „Beiträgen" II S. 480, 481).
2) Entsch. Bd. 19 S. 80.
3) Archiv Bd. 18 S. 13.

Digitized by Google

begnügen, oder nach § 159 Tit. 5 den Werth des Thieres ersetzen. Sofern verwendet er die Futterkosten in seinem eigenen Interesse und gerirt damit nicht negotia aliena. Deshalb will der Satz:

„in einer nützlichen Verwendung (§ 268 und 270 Tit. 13 Th. I A. L. R.) würde nur allein der Verpflichtungsgrund des Verkäufers zur Erstattung der fraglichen Kosten anzutreffen sein,“ [1])

nicht unbedingt wahr dünken. Auch deshalb nicht, weil ja, wie erwähnt, der Uebernehmer durch den Kauf Eigenthümer der Sache geworden, also Futterkosten in sein eigenes Vermögen verwendet.

Widerruft er den Vertrag wegen Gewährsmängel, so

„ist noch nicht gesagt, daß der Verkäufer einer solchen Sache durch die Aufhebung des darüber geschlossenen Vertrages ohne Weiteres schon das Eigenthum an derselben wieder erlangt, oder daß gar dies Eigenthum auf Grund jener Aufhebung als ihm verblieben betrachtet werden müsse;“ [2])

dagegen beim Rücktritt wegen Mangels der gesetzlichen Form:

„von dem Augenblicke, wo der Kläger dem Verklagten (Verkäufer) seine Absicht zurückzutreten, anzeigt, ist der Vertrag aufgehoben und das Eigenthum an den vertauschten Pferden wieder auf den früheren Besitzer zurückgekehrt.“ [3])

Dieser letzten These fehlen die Gründe. Sie stellt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel auf:

zum Erwerbe des Eigenthums gehören Titel und Besitznehmung.

Ausgenommen sind:

„hiervon allein die Fälle, wo die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willensäußerung allein ausdrücklich verbinden.“ [4])

Jene Ausnahme hat das Gesetz mit der bloßen Anzeige des Rücktritts ausdrücklich nicht verbunden. Durch die Anzeige allein erwirbt also der Geber das Eigenthum noch nicht zurück.

Acceptirt der Verkäufer gemäß § 78 Tit. 5 die Erklärung des Käufers, daß derselbe vom Vertrage abgehe, das erhaltene Thier gegen Erstattung des dafür gezahlten Preises zurückgeben wolle, so ist der

---

1) Archiv Bd. 21 S. 112, Bd. 48 S. 171.
2) Archiv Bd. 35 S. 73.
3) Entsch. Bd. 19 S. 80.
4) A. L. R. I. 9 § 2 seq. Tit. 10 § 1.

Digitized by Google

Kaufvertrag durch einen neuen Vertrag aufgehoben.[1]) § 390 Tit. 5. Dieser neue Vertrag, wozu § 163, § 337 Tit. 5 die naturalia negotii regeln, ist der Titel zum Erwerb des Eigenthums, dem die Uebergabe zutritt, wenn sie nicht schon gemäß § 71 Tit. 7 in der Erklärung enthalten ist.

Acceptirt der Käufer nicht, oder widerspricht er gar, so ist eine Besitznehmung nicht denkbar. Denn Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden.[2]) Erst durch das Urtel muß der Konsens ergänzt, lex contractus:

> der Verklagte schuldig das Thier zurückzunehmen und das dafür Erhaltene zu erstatten,

festgestellt werden. Die Uebergabe erfolgt durch Deposition, oder sonst im Wege der Execution.

Ist jene These nicht zu halten, so fällt auch deren Folge:

> „das richtige Verhältniß des Klägers zu dem Verklagten ist vom Tage des Rücktritts des Ersteren vom Vertrage das eines Verwalters einer fremden Sache."

Diese Fiction ist auch übrig. Denn das Gesetz selbst bestimmt das Verhältniß ausdrücklich als: des redlichen oder unrechtfertigen Besitzers § 337, § 158 Tit. 5. Dabei ist auf Th. I Tit. 7 verwiesen.

Selbstverständlich ist durch die Bestimmung nicht widerlegt, was oben ausgeführt ist, daß der Käufer trotz des angezeigten Rücktritts noch Eigenthümer bleibe. Durch die Bestimmung ist nur der Grundsatz aufgestellt, wonach die gegenseitigen Leistungen bei der Auseinandersetzung geregelt werden sollen, wie z. B. § 168, 290 Tit. 11, § 466, 467 Tit. 12 Th. I A. L. R.[3])

In dieser Auseinandersetzung sind die Futterkosten als Erhaltungskosten zu liquidiren, und § 212 Tit. 7 Th. I A. L. R. bestimmt:

> „Ausgaben, welche zur Erhaltung der Substanz nothwendig waren, und mit dem Besitze der Sache in unzertrennlicher Verbindung standen, muß der Eigenthümer, soweit dadurch sein Vortheil befördert ist, dem redlichen Besitzer vergüten."

Der Satz ist sogar eine richtige Folge des § 327 Tit. 5 Th. I. Der Verkäufer kann nicht mehr verlangen, als daß ihm die Sache in demselben Stande, in welchem er sie übergeben hat, zurückgegeben werde. Erhält er sie in einem besseren Stande zurück, so erhält er mehr als er gegeben, wieder.

1) Vergl. diese „Beiträge" B. II S. 320, 321.
2) A. L. R. Th. I Tit. 7 § 43 und 58.
3) Entsch. Bd. 26 S. 14.

Digitized by Google

Sofern diese Besserung durch die vom Käufer verwendeten Erhaltungs- (Futter-) kosten bewirkt ist, erlangt er einen Vortheil aus Käufers Vermögen, worauf er kein Recht hat. In dieser Beziehung nur lehnt sich der Anspruch auf Ersatz der Futterkosten an die „nützliche Verwendung." Nöthige Ausgaben, wodurch das Thier nur in demselben Stande erhalten ist, kann aber der Käufer keinesfalls ersetzt verlangen, wenn solche auch nach § 268 Tit. 13 Th. I als nützliche Verwendung gelten. Nur soweit die Ausgaben nützlich waren, der Vortheil des Verkäufers befördert ist, sind sie zu ersetzen.

„Doch darf auch ein solcher Uebernehmer (Käufer) sich mit dem Schaden des Andern (Verkäufers) nicht bereichern."
§ 338 Tit. 5.

Der Käufer darf nach § 214 und 216 Tit. 7 auch die nützlich verwendeten Erhaltungskosten nicht anrechnen, welche durch die Nutzungen des Thieres gedeckt sind, welche sich das Thier verdient hat. Der Käufer muß daher den Werth der gezogenen Nutzungen, wenn sie auch nur im Düngerertrage bestehen, in Einnahme, und die Futterkosten in Ausgabe stellen. Uebersteigt der Betrag der Futterkosten den der Nutzungen, so kann er von diesem Plus so viel als nützlich verwendet, der Vortheil des Verkäufers befördert ist, ersetzt verlangen.

Die Schwierigkeit des Nachweises in dieser Berechnung ist kaum zu verkennen.

Noch verwickelter wird diese, wenn der Verkäufer bereits das Kaufgeld für das Thier erhalten hat. Von diesem Gelde hat er den Zinsengenuß, erhält aber auch die Nutzungen, sofern dieselben durch die Futterkosten compensirt sind und dadurch sein Vortheil befördert ist, ohne dafür Ersatz zu leisten. So nutzt er Kaufgeld und Sache. Dasselbe würde bei dem Käufer zutreffen, der die Nutzungen nicht herauszugeben braucht, selbst wenn er sich dadurch im Besitze eines Vortheils wirklich befindet,[1]) und aus § 23, 64 oder 71 Tit. 16 Th. I A. L. R. Verzögerungszinsen fordert.

Niemand darf wider des Anderen Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen.[2]) Also wird bis zu dem Tage hin, wo der Käufer die Nutzungen behält, der Verkäufer die Zinsen behalten und die zu ersetzenden Futterkosten sind nach folgenden Sätzen zu berechnen, entweder

a) werden die Zinsen schlechthin gegen die Nutzungen compensirt, die Futterkosten ohne Rücksicht auf die Nutzungen liquidirt,

1) A. L. R. I. 7 § 190.
2) A. L. R. I. 11 § 109, 291.

Digitized by Google

soweit durch dieselben die Sache gebessert, der Vortheil des Käufers befördert worden ist,[1]) oder

b) von dem Werthe der wirklich gezogenen Nutzungen wird der Betrag der Zinsen des Kaufgeldes abgerechnet, von dem Ueberschuß der Nutzungen wird der Betrag der nützlich verwendeten Futterkosten abgerechnet; deren Mehrbetrag ist zu ersetzen.

Schuldet der Käufer das Kaufgeld, so sind natürlich Zinsen und Nutzungen in Einnahme und gegen deren Summen die Futterkosten in Ausgabe zu stellen.

Erwägt man die schwierigen Weiterungen der Liquidation, die Unwahrscheinlichkeit, daß durch die Futterung eines kranken Thieres ein Vortheil befördert werde, so wäre, um fruchtlosen Prozessen vorzubeugen, auch für unser Recht die klare Vorschrift lex 30 § 1 Dig. 21, 1.

> cibaria (Nahrung) servo data non esse imputanda Aristo ait: nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuit.

zu wünschen.

Die Beförderung des Vortheils ist freilich nicht der einzige Grund, weshalb der Käufer Ersatz der Futterkosten fordern kann.

Gleichen die Nutzungen nicht einmal die nöthig verwendeten Futterkosten aus, so hat Kläger Schaden gelitten, und es kommt zur Frage, ob der Ersatz nicht als Schadloshaltung zu fordern sei. Allerdings, jedoch nur dann, wenn an dem Verkäufer

> die Schuld liegt, daß sich der Käufer der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages nicht bedienen kann.
>
> § 320 Tit. 5, § 155 Tit. 11 Th. I A. L. R.

Die Schuld liegt an dem Verkäufer, wenn er gewußt hat, oder ohne zu vertretendes Versehen wissen mußte, daß das Thier krank sei, und dennoch den Fehler verschweigend übergeben hat.

Der Schaden, den die Futterkosten verursachen, ist aber immer nur mittelbar, indem er nicht durch das Thier allein, sondern in Verbindung mit „dem andern von ihm verschiedenen Ereignisse," daß der Beschädigte selbst die Kosten auslegte, entsteht.

(Th. I Tit. 6 § 3 A. L. R.)

Diesen mittelbaren Schaden abzuwenden, hat der Käufer ein bekanntes Mittel: — die gerichtliche Deposition. (Einl. § 12, Th. I Tit. 11 § 99, 119, Tit. 14 § 92, Tit. 16 § 213.) Verpflichtet ist er dazu

1) A. L. R. I. 11 § 157, 163, 167, 254, 297, 371.

Digitized by Google

nicht. Macht er aber von diesem Mittel keinen Gebrauch, will er den Schaden nicht abwenden, dann wird er sich solchen nach § 19 Tit. 6 Th. I A. L. R. selbst zuzurechnen haben. —

Ist das Thier so krank, daß eine Wiederherstellung nicht vorauszusehen ist, die nöthigen Futterkosten die Nutzungen übersteigen, am Ende die Futterkosten mehr als der ganze Werth des Thieres betragen, dann ist dessen gerichtlicher Verkauf jedenfalls die allein rechte Verwaltungsmaßregel (Th. I Tit. 11 § 218, Tit. 14 § 102 A. L. R.). Sonst wird der Einwand des Verkäufers, daß Käufer unnütze Kosten aufgewendet, nur zum Schaden des Verkäufers verwaltet habe, wohl begründet sein (Arch. Bd. 21 S. 111 ff.). — Nicht anders steht es mit dem Ersatz der Futterkosten, wenn der Käufer vom Vertrage wegen mangelnder Form abgeht. Derselbe ist nach § 158 Tit. 5 Th. I A. L. R.

> „wegen der Nutzungen ingleichen wegen der in der Zwischenzeit vorgefallenen Verbesserungen einem unrechtfertigen Besitzer gleich zu achten (Tit. 7 § 223 seq.)."

Dort Tit. 7 bestimmt:

§ 236. „Die zur Erhaltung der Substanz nothwendig gewesenen Kosten müssen dem unredlichen, so wie dem redlichen, vergütet werden."

§ 239. „Dem unrechtfertigen Besitzer müssen die Kosten einer Verbesserung, die nicht weggenommen werden kann, so weit ersetzt werden, als sonst der Eigenthümer sich offenbar mit seinem Schaden bereichern würde."

Also auch hier sind die Futterkosten nur zu vergüten, so weit dadurch der Vortheil des Verkäufers befördert ist. Werden selbige als Schadensforderung liquidirt, so steht schon § 168 Tit. 5 Th. I A. L. R. entgegen.

In all' dem ändert mora accipiendi Nichts. Besondere Vertretungen zieht die mora gemäß § 17 Tit. 16 Th. I A. L. R. nur nach, wenn sie verschuldet ist und der Zögernde die Schuld nach Inhalt des Geschäfts zu vertreten hat.*)

Daher wird z. B. in § 96, 67, 101, 113, 119, 824 Tit. 11 Th. I A. L. R. der Verzug durch Zufall von dem durch Schuld wohl geschieden.

Zeigt der Käufer dem Verkäufer die Krankheit des Thieres an, ist er gar bereit und im Stande, dasselbe in demselben Zustande, in welchem er es erhalten hat, zurückzugeben, der Verkäufer, der den Fehler nicht kennt, verweigert aber die Annahme, so kann letzterem trotzdem ein schuldbarer Verzug noch nicht zugerechnet werden; denn nicht die bloße

*) Archiv Bd. 25 S. 72. A. L. R. Th. I Tit. 14 § 72, Tit. 18 § 776, Tit. 21 § 251.

Digitized by Google

Anzeige, sondern der wirkliche Gewährsmangel verpflichtet den Verkäufer, das Thier zurückzunehmen. Durch jene wird dem unkundigen Verkäufer nicht mehr bewußt als vorher, daß er das Thier zurücknehmen muß, wenn es wirklich an dem Gewährsmangel leidet. Deswegen hat er aber die Folgen der verweigerten Annahme eben so wenig zu vertreten, wie der Schuldner eine bedingte Verpflichtung schon vor Eintritt der Bedingung zu erfüllen hat.[1]) Unbedingt kennt aber der Verkäufer seine Pflicht, wenn ihm der Fehler glaubhaft gemacht, bescheinigt ist. Ohne Bewußtsein der „fälligen" Verpflichtung können ihm die Folgen der Nichterfüllung nicht zugerechnet werden (Th. I Tit. 16 § 21, Th. I Tit. 3 § 6 und 11. Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. Dig. 50. 17 lex 63, Dig. 22. 1. lex 24). Darum hat der Käufer seine Anzeige zugleich glaubhaft zu machen.

Die bestrittene durch Beweismittel nicht unterstützte Behauptung einer Parthei ist überhaupt ungewiß, doch bescheinigt wird sie mindestens zweifelhaft, und durch den vollständigen Beweis gewiß. Auf Grund der ungewissen Behauptung kann der Käufer die Deposition noch nicht nachsuchen, erst wenn sie bescheinigt ist und der Verkäufer nur aus „zweifelhaftem Grunde" die Annahme verweigert.[2])

War der Vertrag nicht in verbindlicher Form geschlossen, der Käufer ist deshalb bereit und im Stande das Thier so, wie er es erhalten hat, zurückzugeben, dann ist der Verkäufer, der annehmen kann, aber nicht will, schon durch die Kenntniß von der Offerte in schuldbarem Verzuge. —

Kommt nun der Käufer durch die Erhaltung, die Futterkosten des Thieres zu Schaden, so muß Verkäufer diese Folgen des schuldbaren Verzuges vertreten, den Käufer schadlos halten.[3]) Der Anspruch des Käufers als Schadensforderung ist bereits oben erörtert.

Die Bescheinigung, die Gewißheit des Fehlers kommt nicht in Frage, wenn der Verkäufer schon die Erklärung des Käufers, daß er das kranke Thier zurücknehme und den erhaltenen Preis zurückgebe, acceptirt. Dann ist, wie oben ausgeführt, der Vertrag durch einen neuen (Wiederkauf) aufgehoben. Diesen muß der Verkäufer, jetzt Wiederkäufer, erfüllen, das Thier annehmen, sobald der Wiederverkäufer dazu „bereit und im Stande ist." Letzter trägt zwar Gefahr und Schaden so lange er die Sache noch besitzt, den Schaden muß aber ersterer,

1) Th. I Tit. 16 § 68.
2) A. L. R. I. 16 § 218.
3) A. L. R. I. 16 § 16, 17.

Digitized by Google

ja falls die Sache untergeht, bis zu Höhe des bedungenen Kaufpreises ersetzen, wenn er auch nur in mäßigem Versehen den Verzug der Annahme verschuldet hat (Th. I Tit. 11 § 95, 102 und 103).

Dieser Ausführung entgegen steht in den Urteln Archiv Bd. 34 S. 85 und Bd. 48 S. 172:

1. Der Verkäufer befindet sich von dem Augenblicke an, wo ihm der Käufer den Rücktritt vom Vertrage angekündigt hat, im Verzuge der Rücknahme und muß mithin auch den seit diesem Zeitpunkt eintretenden Zufall vertreten, weil derselbe ihn getroffen haben würde, wenn er sich nicht im Verzuge der Rücknahme befunden hätte.
2. Ein etwaiger Verzug auf Seiten des Verkäufers hat nur zur Folge, daß die Gefahr des Thieres als vom Tage des eingetretenen Verzuges auf ihn übergegangen anzusehen.

Der erste Satz ist zu weit, indem er nicht unterscheidet, ob der Verzug verschuldet sei oder nicht. Der zweite ist schon in Frage gestellt, wenn in der aus Bd. 35 oben angeführten Stelle angenommen ist, daß der Käufer trotz des erklärten Rücktritts noch Eigenthum behält.

Dem zweiten Satze widerstreitet ferner der allgemeine Rechtssatz, daß der Eigenthümer, so lange er die Sache dem Käufer (hier Verkäufer oder Wiederkäufer) noch nicht abgegeben hat, Gefahr und Schaden trägt, und letzter den Schaden nur, je nachdem er den Verzug verschuldet, zu ersetzen hat.[1]) Endlich bestimmt Th. I Tit. 16 § 228 A. L. R.:

„Durch eine rechtmäßige, wirklich geleistete Deposition geht die Gefahr der gerichtlich niedergelegten Sache auf den Gläubiger über."[2])

Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn schon der bloße Verzug die Gefahr übertragen soll.

Darum trifft, beiläufig bemerkt, den Käufer selbst nach erklärtem Rücktritt der Untergang des kranken Thieres. Den Schaden selbst bis zur Höhe des erhaltenen Kaufpreises muß aber Verkäufer ersetzen, wenn er den Verzug der Rücknahme verschuldet hat. Davon abgesehen hat der Käufer als redlicher Besitzer die Verschlimmerungen der Sache während seiner Besitzzeit auch nur sofern zu vertreten, als sie durch sein grobes Versehen entstanden sind (Th. I Tit. 5 § 337, Tit. 7 § 219). Die größte Verschlimmerung ist der gänzliche Untergang des Thieres.[3])

---

1) A. L. R. I. 11 § 95.
2) Ausnahme I. 11 § 239.
3) Simon, Materialien zur Lehre vom Besitz S. 97 § 728, S. 169 § 177.

Digitized by Google

Ist dieser keine Folge des zu vertretenden Versehens, so trifft er den Verkäufer. Um so mehr, wenn der Untergang eine Folge der Krankheit ist, welche der Verkäufer vertreten muß. Das „kann nicht“ in § 328 Tit. 5 Th. I A. L. R. darf doch dem Käufer den Grundregeln in Th. I Tit. 3 § 1 seq., Einl. § 96 zuwider, nicht auch als zufällige Folge, sondern nur nach Maßgabe der zu prästirenden „Aufmerksamkeit“ zugerechnet werden. Deshalb erscheint die Begründung des Falles im Archiv Bd. 1 S. 46 sachgemäßer, als im Bd. 34 S. 82.

Nr. 15.

Die rechtliche Bedeutung des Austritts aus der Kirche.

Art. XII der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850.
Patent vom 30. März 1847 und Zusammenstellung zu demselben.
§ 16 der Verordnung vom 30. März 1847.

Vom Kreisgerichts-Director Wettich in Zielenzig.

Die Grundlage für die Erörterung der rechtlichen Bedeutung des Austritts aus der Kirche bildet die Frage:

> ob der Austritt für sich allein schon die rechtliche Aussonderung des Ausgetretenen bewirkt, oder ob Letzterer des Austritts ungeachtet in rechtlicher Beziehung noch als Mitglied seiner bisherigen Parthei zu betrachten ist.

Unser oberster Gerichtshof hat sich in zwei Erkenntnissen für die letztere Alternative entschieden und folgende Sätze aufgestellt:

1. Nicht schon der Austritt aus der evangelischen Landeskirche für sich allein, sondern dieser Austritt in Verbindung mit dem Beitritt zur Separatisten-Gemeinde ist Bedingung der Befreiung von den bisherigen Parochiallasten.
   Erk. v. 4. April 1853, cf. Striethorst Archiv Bd. 10 S. 27.
2. Der § 2 der Zusammenstellung zu dem Patente vom 30. März 1847 bezieht sich nicht bloß auf solche Dissidenten, die erst noch „bezwecken,“ sich von der im Staate aufgenommenen Kirchengemeinde auszusondern, sondern auch auf solche, die sich bereits von derselben ausgesondert und einer andern, jedoch vom Staate nicht anerkannten Gemeinde angeschlossen haben. Hieran hat weder der § 17 der Verordnung vom 30. März 1847, noch auch Art. XII der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 etwas geändert.
   Erkenntniß vom 8. Februar 1854 (Striethorst Bd. 12 S. 111).

Es soll in Nachstehendem versucht werden, zu zeigen, daß die erstere Alternative der Gesetzgebung von 1847 sowohl, als dem Art. XII

Digitized by Google

der Verfassungs-Urkunde besser entspricht, und daß der Austritt aus der Kirche für sich allein schon die rechtliche Aussonderung zur Folge hat.

1.

Vergleicht man die Bestimmungen des A. L. R. in Betreff der Religion und religiösen Gemeinschaften mit Art. XII der Verfassungs-Urkunde, so findet man zwischen beiden einen erheblichen Unterschied in Ansehung des Umfangs, in welchem das Prinzip der Freiheit zur Anwendung gebracht wird. Das A. L. R. sichert jedem Einwohner des Staats „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit" zu, indem es Sätze, wie die folgenden aufstellt:

> Die Begriffe der Einwohner des Staats von Gott und göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein.
>
> Niemand ist schuldig über seine Privatmeinungen in Religionssachen Vorschriften vom Staate anzunehmen.
>
> Niemand soll wegen seiner Religionsmeinungen beunruhigt, zur Rechenschaft gezogen, verspottet oder gar verfolgt werden.

Hierbei bleibt es aber stehen und schreitet nicht dazu fort, dasselbe Prinzip der Freiheit auch in Rücksicht auf die religiösen Gemeinschaften allgemein anzuerkennen und durchzuführen.

Allein bereits das Patent vom 30. März 1847 ging über den landrechtlichen Standpunkt hinaus, indem es im Eingang unter Mittheilung der „Zusammenstellung der im A. L. R. enthaltenen Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit" erklärt, daß es des Königs Wille sei:

> den Unterthanen die in dem A. L. R. ausgesprochene Glaubens- und Gewissensfreiheit unverkümmert aufrecht zu erhalten, auch ihnen nach Maßgabe der allgemeinen Landesgesetze die Freiheit der Vereinigung zu einem gemeinsamen Bekenntnisse im Gottesdienste zu gestatten.

Also: aufrecht erhalten wird die landrechtliche Glaubens- und Gewissensfreiheit, hinzugefügt die Freiheit des Bekenntnisses. Es ist fortan allgemein gestattet sich auf Grund eines allgemeinen Bekenntnisses zu vereinigen. Wenn dazu gesetzt ist: „nach Maßgabe der allgemeinen Landesgesetze," so steht dies im Gegensatze zu der unmittelbar vorher erwähnten, auf Geschichte und Staatsverträgen beruhenden Stellung der christlichen Kirche, denen für ihre besondere Gerechtsame der kräftigste landesherrliche Schutz zugesichert wird. Im Gegensatz hierzu

Digitized by Google

sollen andere religiöse Gemeinschaften nur nach den allgemeinen Landesgesetzen (Tit. 6 Th. 2 A. L. R.) beurtheilt werden, aber auch sie — und das ist das Neue — genießen hinfort Freiheit des Bekenntnisses.

Diese im Patent bereits gegebene Bekenntnißfreiheit wird dann im Art. XII der Verfassungs-Urkunde noch ausdrücklich gewährleistet.

Es fragt sich nun:

a) in welcher Weise documentirte sich denn unter der Herrschaft des A. L. R. der Mangel der Bekenntnißfreiheit und

b) in welcher Weise ist nach der neuern Gesetzgebung diesem Mangel abgeholfen?

a. Die Freiheit des Bekenntnisses fordert, daß eine auf Grund eines besondern Bekenntnisses erwachsene Religionsgesellschaft auch als eine besondere Religionspartei gelte und in ihrer Absonderung von andern Religionsparteien anerkannt werde. Denn das Bekenntniß ist es, worin die Religionsparteien sich unterscheiden, und es ist deshalb ein Widerspruch, einer Religionsgesellschaft Freiheit des Bekenntnisses und doch nicht die Eigenschaft einer für sich bestehenden Religionspartei zuzugestehen.

Diese Freiheit genossen aber nach dem A. L. R. nur die im Staate öffentlich aufgenommenen christlichen Kirchen; sie sind die einzigen als besondere christliche Religionsparteien — und wenn man von den Juden absieht — die einzigen überhaupt als besondere Religionsparteien anerkannten religiösen Gemeinschaften. Zwar stellt das A. L. R. den Begriff von Religionsgesellschaften ganz allgemein hin (§ 10 II. 11 A. L. R.) und gestattet Vereine zum Zweck von Religionsübungen und darauf abzielenden Zusammenkünften (§ 2 der Zus. St.). Es können solche Vereine durch Genehmigung des Staats auch den Charakter als „geduldete Kirchengesellschaften" (§ 22, 23 II. 11 A. L. R. — § 4. 6. der Zus. St.), oder nach dem Sprachgebrauch des Patents und der Verordnung vom 30. März 1847 als „geduldete" oder „genehmigte Religionsgesellschaften" (cf. § 1 und 16 der V. O. vom 30. März 1847, auch § 6 der Zus. St.) erlangen. Solche Vereine und Religions- oder Kirchengesellschaften sind aber bloße Privatgesellschaften und ihre Mitglieder gelten nach wie vor in rechtlicher Beziehung als Angehörige ihrer bisherigen Religionspartei (§ 2 der Zus. St.); die geduldeten Kirchengesellschaften unterscheiden sich von andern Vereinen nur durch die nach § 22. 23 II. 11 und durch ihre Concession ihnen ertheilten Vergünstigungen. Eine positive Anerkennung für die Richtigkeit dieser Auffassung findet sich im § 2 der Zus. St., dessen

Digitized by Google

zweiter Absatz zwar nicht wörtlich dem A. L. R. entnommen ist, der aber, wie schon die Ueberschrift der Zusammenstellung ergiebt, gleichwohl als ein Zeugniß für die landrechtliche Auschauung anzuerkennen ist, und gewissermaßen einen im Sinne und Geiste des A. L. R. gemachten declaratorischen Zusatz bildet. Es heißt daselbst:

> Die Mitglieder (solcher Verbindungen) bilden, auch wenn sie die Aussonderung von den im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften bezwecken, dennoch keine rechtlich bestehende, besondere Religionspartei, sondern werden in rechtlicher Beziehung, nach wie vor, als Angehörige derjenigen Religionspartei angesehen, zu der sie bis dahin gehört haben.

Hier sind also die sich aussondernden, zu Vereinen zusammentretenden Elemente lediglich im Gegensatz zu den Kirchen gefaßt; diese sind es mithin, deren Mitglieder jene sich absondernden Personen verbleiben, und bei diesem Verhältnisse bewendet es auch, wenn ein solcher Verein als geduldete Religionsgesellschaft genehmigt wird, sofern nicht die Concessions-Urkunde ausdrücklich etwas Anderes bestimmt.

Danach ergiebt sich, daß die aus den Kirchen sich aussondernden Vereine und geduldeten Secten rechtlich als innerhalb des Bereiches der Kirchen verbleibend, in demselben befangen und somit als unfrei zu denken sind. Ihnen mangelt die Eigenschaft als besondere Religionspartei, sie haben keine Freiheit des Bekenntnisses.

b. Als Mittel, um diesen Zustand zu beseitigen, gestattete nun das Patent vom 30. März 1847 den Austritt aus der Kirche. Daß dies die Auffassung des Patentes selbst ist, ergeben klar seine Worte:

> Diejenigen, welche in ihrem Gewissen mit dem Glauben und Bekenntniß ihrer Kirche nicht in Uebereinstimmung zu bleiben vermögen und sich demzufolge zu einer besondern Religionsgesellschaft vereinigen, oder einer solchen sich anschließen, genießen hiernach ... volle Freiheit des Austritts.

Die Freiheit des Austritts soll demnach der Freiheit des Bekenntnisses, als das Mittel zu deren Verwirklichung dienen.

Es frägt sich aber, ob dieses Mittel in der That und vollständig seinem Zwecke entspricht.

Nach dem A. L. R. war die Bekenntnißfreiheit auf die drei Kirchen beschränkt. Jeder, der für fähig galt, für sich zu urtheilen, hatte unter diesen die Wahl; der Uebergang von einer zur andern geschah durch ausdrückliche Erklärung (§ 40, 41 II. 11 A. L. R.). Von einem Austritt aus der Kirche war nicht die Rede; der Uebergang zu der einen schloß den Austritt aus der andern in sich. Es scheint, daß die Verallgemeinerung des Prinzips der Bekenntnißfreiheit zur Folge hätte

Digitized by Google

haben sollen, daß dieses gegenseitige Verhältniß, in welchem bisher nur die Kirchen zu einander standen, fortan zu dem allgemeinen gegenseitigen Verhältniß aller religiösen Gemeinschaften gemacht worden wäre.

Der Grund, daß nicht dieser Weg einer positiven Durchführung des Prinzips eingeschlagen, sondern statt dessen nur auf das negative Moment des Austritts Gewicht gelegt wurde, dürfte darin zu finden sein, daß das Patent, wie auch später die Verfassungs-Urkunde, zwar Freiheit des religiösen Bekenntnisses, nicht aber die Gleichstellung der verschiedenen, in Folge dieses Prinzips sich bildenden Religionsgesellschaften eingeführt haben.

Die Gesetze und Einrichtungen des Staats hängen mit dem religiösen Bekenntnisse so vielfach und so innig zusammen, daß bei einer Durchführung der Bekenntnißfreiheit in jenem Sinne der Staat nothwendig mit jeder sich neu bildenden Religionsgesellschaft in ein seinem Verhältniß zu den Kirchen ähnliches positives Verhältniß sich hätte einlassen müssen, um die dem staatlichen und religiösen Gebiete gemeinsamen Angelegenheiten zu ordnen. Dies war aber keineswegs die Absicht. Vielmehr bleiben auch nach dem Patente und der Verfassungs-Urkunde in der Stellung der verschiedenen religiösen Gemeinschaften die erheblichsten Unterschiede bestehen. Schon das Patent hob ausdrücklich hervor:

> daß den geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechteten Kirchen ihre besondere Gerechtsame erhalten bleiben und der kräftigste landesherrliche Schutz ihnen zu Theil werden solle.

Nur solchen Religionsgesellschaften,

> die sich in Hinsicht auf Lehre und Bekenntniß mit einer der durch den Westfälischen Frieden anerkannten christlichen Religionspartei in wesentlicher Uebereinstimmung befinden,

ist in Aussicht gestellt, daß den Amtshandlungen ihrer Religionsbeamten Wirksamkeit für bürgerliche Rechtsverhältnisse beigelegt werden soll.

In der Verfassungs-Urkunde Art. XIII ist bestimmt, daß die Religionsgesellschaften, welche keine Corporationsrechte haben, solche nur durch besondere Gesetze erlangen können.

Wir haben also hier die Kirchen und die durch Concessionen resp. Gesetze mit kirchenähnlichen Attributen ausgestatteten Religionsgesellschaften auf der einen Seite, auf der andern aber alle übrigen, mit welchen der Staat in dergleichen positive Beziehungen nicht getreten ist. Bei jenen beruhet die gewährleistete Bekenntnißfreiheit auf dem Grunde positiver Anerkennung des Bekenntnisses, bei diesen hingegen lediglich auf der Indifferenz des Staates gegen ihr Bekenntniß. Er

Digitized by Google

giebt ihnen zwar volle Freiheit sich zu bilden, schließt ihre Mitglieder nicht in die Fesseln einer rechtlichen Verbindung mit andern Confessionen. Im Uebrigen aber nimmt er von ihrer Eigenschaft als Religionspartei keine Notiz weiter, sondern behandelt sie lediglich wie Vereine anderer Art. Die Anerkennung des Staats für diese Religionsgesellschaften ist demnach nur negativer Art. Er erkennt ihre Absonderung von andern Religionsparteien an, ohne sich positiv um ihr besonderes Bekenntniß zu bekümmern.

Um in dieser Weise die Bekenntnißfreiheit durchzuführen, dazu erscheint das gewählte Mittel vollkommen adäquat. Der Austritt aus der Kirche, indem er die im Bekenntniß mit ihr dissentirenden Elemente von ihr aussondert, bildet die Scheidewand zwischen ihr und Allen, die außer ihr Platz ergreifen. Es entstehen dadurch zwei besondere Bereiche, das der Kirche und der mit ihr durch Gesetz oder Concessionen in ähnlicher Lage befindlichen Religionsgesellschaften und das der Ausgetretenen, für welches rücksichtlich der Berührungspunkte des Staats und der Religion in der Verordnung vom 30. März 1847 die nöthige Vorsorge getroffen ist.

Eine Folge der Indifferenz des Staats gegen das religiöse Bekenntniß der außerhalb der Kirche stehenden Religionsgesellschaften ist nun die, daß es ihm schließlich auch gar nicht mehr darauf ankommt, ob ein aus der Kirche Ausgetretener überhaupt einer andern Religionsgesellschaft beitritt oder nicht. Dies ergiebt sich aus § 1 und 16 der Verordnung vom 30. März 1847, wornach die durch diese Verordnung getroffenen Einrichtungen bestimmt sind:

a) für solche geduldete Religionsgesellschaften, bei welchen den zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen die Befugniß nicht zusteht, auf bürgerliche Rechtsverhältnisse sich beziehende Amtshandlungen mit bürgerlicher Wirkung vorzunehmen,

b) für solche Personen, die aus ihrer Kirche ausgeschieden sind und noch keiner vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft sich angeschlossen haben.

Wenn demnach im Patente gesagt ist, diejenigen hätten volle Freiheit des Austritts,

> die mit dem Bekenntniß ihrer Kirche nicht in Uebereinstimmung stehen und demzufolge sich zu einer besondern Religionsgesellschaft vereinigen oder einer solchen sich anschließen,

so ist damit die Bildung einer neuen Religionsgesellschaft oder der Beitritt zu einer solchen für den Austritt nicht zur Bedingung gemacht,

Digitized by Google

sondern es documentirt sich darin nur die factische Voraussetzung der Gesetzgebung, daß Jeder, der austritt, eine andere Gemeinschaft suchen werde, eine Voraussetzung, die nach § 16 der Verordnung vom 30. März 1847 (in den Worten: die noch keiner ꝛc. Religionsgesellschaft sich angeschlossen haben) wiederkehrt, ohne daß rechtliche Folgen daran geknüpft sind.

2.

Es ergiebt sich aus alledem, daß der Austritt aus der Kirche das vom Gesetz dargebotene Mittel ist, um die christlichen Secten aus der rechtlichen Gebundenheit an die Kirche zu befreien und das ausgesprochene Prinzip der Bekenntnißfreiheit durchzuführen.

Ist dies Resultat richtig, so können die im Eingang angeführten Ober-Tribunals-Entscheidungen damit nicht bestehen. Insbesondere beruhet das Erkenntniß vom 8. Februar 1854 auf einer der hier vertheidigten ganz entgegengesetzten Auffassung des § 2 der Zus. St. Nach der Ansicht des Ober-Tribunals bezieht sich § 2 cit. auf Ausgetretene so gut, wie auf Nichtausgetretene, wodurch der Zustand der Bekenntnißunfreiheit, welcher gerade im § 2 cit. seinen legislatorischen Ausdruck findet, auch für die Ausgetretenen etablirt wird, während es doch der ausgesprochene Zweck des Patents ist, diesem Zustande durch Gestattung des Austritts abzuhelfen. Es kann daher zur Begründung der qu. Entscheidung nicht genügen, daß gesagt wird, § 2 der Zus. St. mache keinen Unterschied zwischen Ausgetretenen und Nichtausgetretenen. Es hätte vielmehr gezeigt werden müssen, daß der Paragraph cit. die Ausgetretenen mit umfasse, trotzdem, daß derselbe nur das landrechtliche Verhältniß darstellt und das Landrecht vom bloßen Austritt aus einer Kirche, ohne Beitritt zu einer andern Nichts weiß. Es könnte aber etwa behauptet werden, daß der Wortlaut § 2 der Zus. St. zu Gunsten der Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals ins Gewicht fiele, daß namentlich die Worte:

> ihre (der religiösen Vereine) Mitglieder bilden, auch wenn sie die Aussonderung bezwecken, dennoch keine besondere Religionspartei,

ausdrücklich den Grundsatz des § 2 auch auf die Ausgetretenen ausdehne. Dies ist aber keineswegs der Fall. Das Wort „bezwecken" für sich allein, würde freilich nicht entscheidend sein. Obwohl es die Bedeutung von tendere (Grimm, deutsches Wörterbuch) und somit die der Hinweisung auf ein vorwärts liegendes, zukünftiges Ziel hat, so kann es da, wo ein dauernder Zustand Gegenstand des Strebens ist, auch dann gebraucht werden, wenn der erstrebte Zustand zwar schon

Digitized by Google

eingetreten ist, es sich aber noch darum handelt, denselben fort und fort aufrecht zu erhalten. Wendet man dies auf § 2 cit. an, so würde der Auffassung des Ober-Tribunals gemäß die Aussonderung aus der Kirche als dauernder Zweck der Vereinigung zu denken sein, eine Auffassung, die an sich zulässig, aber keineswegs natürlich und ungesucht erscheint. Es ist a. a. O. nicht von dem dauernden Zweck der Vereine die Rede; dieser besteht vielmehr, wie im Absatz 1 des Paragraphen angegeben ist, in Religionsübungen und gemeinschaftlichen Zusammenkünften. Es heißt auch nicht: „selbst wenn ihre Vereinigung ꝛc. bezweckt," sondern: „selbst wenn die Mitglieder die Aussonderung bezwecken." Es ist also nur von einer Nebenabsicht der Mitglieder die Rede, was darauf hindeutet, daß unter der bezweckten Aussonderung nicht ein dauerndes Verhältniß oder ein solcher Zustand, sondern ein bestimmter Act gemeint ist, welcher die Aussonderung herbeiführen soll, die dann nicht mehr bezweckt zu werden braucht, sondern als dauernder Zustand vorhanden ist.

Es liegt nahe, anzunehmen, daß mit diesem Act der im Patent gestattete Austritt gemeint ist, und daß der Gesetzgeber diesen Zwischensatz eben im Hinblick auf diese Vergünstigung des Patents und im Bewußtsein des durch den Austritt entstehenden entgegengesetzten Zustandes eingefügt hat. Der Sinn ist also: Vereine dieser Art wirken keine Aussonderung, ihre Mitglieder bleiben Angehörige der Kirche. Auch wenn dadurch die Aussonderung vorbereitet werden soll und die Mitglieder den Austritt beabsichtigen, bewendet es dennoch „fürerst" bei diesem Verhältniß. Das Wörtchen „fürerst" correspondirt mit jenem Zwischensatz: „auch wenn sie Aussonderung bezwecken." Es zeigt, daß mit jener bezweckten Aussonderung kein gegenwärtiger Zustand, sondern etwas Zukünftiges bezeichnet ist, bis zu dessen Eintritt es fürerst bei dem Verhältniß bewendet, welches für andere religiöse Vereinigungen innerhalb der Kirche Geltung hat. Erst der wirkliche Austritt führt die Aussonderung herbei.

Ebensowenig wie das Erkenntniß vom 8. Februar 1854 im Wortlaut § 2 der Zus. St., findet das Erkenntniß vom 4. April 1853 im Wortlaut des Patents einen sichern Anhalt. Es heißt zwar:

> Diejenigen, welche mit dem Bekenntniß ihrer Kirche nicht in Uebereinstimmung zu bleiben vermögen und sich demzufolge zu einer besondern Religionsgesellschaft vereinigen, genießen hiernach volle Freiheit des Austritts.

Es ist aber bereits ausgeführt, daß aus diesen Worten nicht zu folgern ist, daß der Zusammentritt zu einer Vereinigung, oder der

Digitized by Google

Beitritt zu einer solchen zur Bedingung des Austritts gemacht wäre. Es kann also auch nicht aus diesen Worten der Schluß gezogen werden, daß erst solcher Beitritt die Wirkung des Austritts, als einer rechtlichen Aussonderung, vollendet. Es würde aber auch selbst dann der Satz des Königl. Ober-Tribunals aus den Worten des Patents noch nicht folgen. Denn in dem Erkenntniß vom 4. April 1853 ist nicht von dem Beitritt zu irgend einer beliebigen, auch nicht genehmigten Religionsgesellschaft, sondern der Beitritt zur „Separatisten-Gemeinde," also nicht der Beitritt zu einer solchen gemeint, wie die, von welcher es sich in jenem Falle handelte, zu einer gleich den Alt-Lutheranern mit einer Concession des Staates versehenen Separatisten-Gemeinde. Für diese Auffassung sprechen wenigstens die Gründe des Erkenntnisses. Es würde also der Grundsatz des Erkenntnisses vom 4. April 1853 darauf hinausgehen,

> daß nur der Beitritt zu einer Religionsgesellschaft, welche als besondere Religionspartei vom Staate positiv anerkannt ist, die Ausscheidung aus der bisherigen Confession bewirkt.

Dieser Sinn liegt aber jedenfalls nicht in den oben ausgehobenen Worten des Patents, sondern da ist ganz allgemein von solchen die Rede, die sich zu einer besondern Religionsgesellschaft vereinigen, ohne Unterschied, ob diese Gesellschaft genehmigt ist oder nicht. Erst im Fortgang des Satzes und lediglich in Beziehung auf die Frage:

> ob der Ausgetretene im Genuß seiner bürgerlichen Rechte und Ehren verbleibt,

ist ein Unterschied zwischen genehmigten und nicht genehmigten Gesellschaften gemacht und die Frage in Bezug auf erstere bejahet, für letztere aber unentschieden gelassen — ein Unterschied, der schon durch die Kabinets-Ordre vom 30. März 1847 seine Schärfe verlor, durch Art. XII der Verfassungs-Urkunde aber gänzlich beseitigt ist.

Es dürfte sonach das zu 1. gewonnene Resultat auch durch die wörtliche Interpretation der einschlagenden Gesetzesstellen überall gestützt werden und gesichert erscheinen.

3.

Die bisherigen Erörterungen haben sich auf das Gebiet der christlichen Kirchen und Secten beschränkt, eine Beschränkung, die sich schon aus der Stellung der Frage ergab. Es ist aber nicht ohne Interesse auf das Verhältniß der Juden einen vergleichenden Blick zu werfen. Auch in Bezug auf diese liegt ein Erkenntniß des Königl. Ober-Tribunals vor, welches folgende Sätze aufstellt:

Digitized by Google

1. Jüdische Einwohner der Provinz Posen sind vermöge des Gesetzes Mitglieder der corporativen Religionsgesellschaft ihres Wohnorts;
2. hierin ist durch die im § 12 der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 gewährleistete Freiheit des religiösen Bekenntnisses Nichts geändert;
3. der Austritt aus der Religionsgesellschaft ohne Veränderung des Wohnorts befreit nicht von den Beiträgen zu den Corporations-Kosten.

Erk. vom 17. Sept. 1852 (Striethorst Bd. 6 S. 322).

Diesem Erkenntniß kann man zustimmen unbeschadet der Richtigkeit der Ausführungen zu 1 und 2.

Vergleicht man die Lage der Juden mit derjenigen der christlichen Sekten, so wird man sagen müssen, daß von den beiden Sätzen der Verfassungs-Urkunde Art. XII:

1. die Freiheit des Bekenntnisses ist gewährleistet, und
2. der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntniß,

der Einfluß des erstern mehr bei den christlichen Sekten, der des letztern mehr bei den Juden hervortritt. Denn der erstere Satz ist gegen die wahre Unfreiheit des Bekenntnisses gerichtet, welche durch die rechtliche Gebundenheit des einen Bekenntnisses an ein anderes entsteht, der letztere aber gegen die Beeinträchtigung der Rechtsfähigkeit durch das religiöse Bekenntniß. Jener macht das Bekenntniß frei gegenüber der Kirche, dieser gegenüber dem Staat.

In jener Art der Unfreiheit haben sich die Juden der Kirche gegenüber nie befunden. Sie haben stets eine besondere Religionspartei gebildet und sind als solche beachtet und anerkannt worden. Hingegen war bei ihnen auf Grund ihres religiösen Bekenntnisses die Rechtsfähigkeit in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Hinsicht aufs Erheblichste beeinträchtigt, und wenn hierin auch die Gesetzgebung von 1812 und 1847 wesentliche Aenderungen herbeigeführt, so blieb doch für den Art. XII noch Raum genug zu weiter gehenden Anwendungen.

Es läßt sich nun aber eine Beschränkung der Bekenntnißfreiheit in dem Sinne, wie die christlichen Sekten einer solchen unterworfen waren, auch innerhalb des jüdischen Bekenntnißkreises denken. Es können auch in diesem Bereich Sektenbildungen entstehen, und für diese Sekten würde denn in ihrem Verhältniß zu dem Stamm, von welchem sie sich abscheiden, ein ähnliches Verhältniß entstehen, wie jenes der christlichen

Digitized by Google

Sekten, und obwohl dieses Verhältniß ebenfalls gegen das Prinzip des ersten Satzes des Art. XII der Verfassungs-Urkunde verstoßen würde, so frägt es sich doch, ob für die Durchführung der Bekenntnißfreiheit in dieser Beziehung im jüdischen Kreise ebenso ein Mittel dargeboten ist, wie für den christlichen Kreis. Für diesen war der Austritt aus der Kirche gegeben. Einen dem analogen Akt in Bezug auf die jüdischen Korporationen kennt aber die Gesetzgebung nicht. Der einseitige Austritt aus einer jüdischen Korporation constatirt demnach keinen Confessionswechsel für den Staat, und da die Zugehörigkeit zu jenen Korporationen auf zwei Momenten beruht: a) der Confession, b) dem Wohnort, so ist die Entscheidung, daß die Erklärung des Austritts ohne Wechsel des Wohnsitzes die rechtliche Ausscheidung aus der Korporation nicht bewirkt und von den Korporationslasten nicht befreit, für die Rechtsprechung als richtig anzuerkennen und lediglich der Gesetzgebung zu überlassen, ob hier nicht der Grundsatz des Art. XII der Verfassungs-Urkunde einer speziellen Durchführung bedarf.

4.

Zieht man nun die Folgerungen aus den bisherigen Erörterungen, so ergiebt sich, daß der Austritt aus der Kirche sowohl die Rechte als die Pflichten aufheben muß, die in der bisherigen Zugehörigkeit zur Kirche ihren Grund hatten, oder durch dieselbe bedingt waren. Diese Folge im Patent ausdrücklich hervorzuheben, dazu lag keine Nöthigung vor, da sie, wenn der Austritt ein wirklicher Austritt sein sollte, sich nach allgemeinen Regeln von selbst verstand. Wenn aber das Patent ausdrücklich hervorhebt:

> „dagegen können sie einen Antheil an den verfassungsmäßigen Rechten der Kirche, aus welcher sie ausgetreten sind, nicht mehr in Anspruch nehmen,"

so kann das nicht so aufgefaßt werden, als sollten die Folgen des Austritts hierauf eingeschränkt werden. Es sind mit jenen verfassungsmäßigen Rechten der Kirche ohne Zweifel die in der Verordnung vom 30. März 1847 regulirten Punkte gemeint, nämlich diejenigen kirchlichen Handlungen, mit welchen bürgerliche Wirkungen verknüpft sind. Auf die Zulassung zu solchen Handlungen haben die Ausgeschiedenen keinen Anspruch. Dies sollte eben im Hinblick auf die Verordnung in obigen Worten des Patents kurz hervorgehoben werden. Sie enthalten demnach nur eine besondere Anwendung, aber keine Einschränkung der Regel. Eine solche Einschränkung könnte ferner in den Sätzen der Verfassungs-Urkunde gefunden werden:

Digitized by Google

daß der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte vom religiösen Bekenntniß unabhängig ist, und daß den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen soll.

Indessen hierdurch wird nicht die Regel, sondern nur möglicherweise das Gebiet ihrer Anwendung beschränkt, nämlich durch Verringerung der Fälle, in welchen Rechte und Pflichten nach der bisherigen Gesetzgebung vom religiösen Bekenntniß abhängig gemacht waren. Als wirkliche Ausnahme jener Regel würden nur solche Vorschriften gelten können, welche, wie in Nr. 10 der Concession der Alt-Lutheraner in Betreff der Zehntpflicht geschieht, den Ausgetretenen fernerweit an Erfüllung einer durch die bisherige Confession bedingten Pflicht bänden, oder in ähnlicher Weise ihm die Ausübung von Rechten gestatteten, welche zweifellos nur dem Mitgliede einer bestimmten Confession zustehen.

Es ist demnach hier nicht der Ort, auf die Frage näher einzugehen, ob jene Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde bloß legislatorische Prinzipien aufstellen, die der Durchführung in besondern Gesetzen bedürfen, oder ob sie zur unmittelbaren Anwendung geeignet sind. In diese Frage wäre erst dann einzutreten, wenn es sich um die genaue Erörterung und Entscheidung der Detailfragen handelte. Hier kam es nur darauf an als Grundlage für alle solche Detailfragen den Satz festzustellen:

daß der Austritt aus der Kirche nach Maßgabe des Patents und der Verordnung vom 30. März 1847 für sich allein schon die rechtliche Ausscheidung aus der Kirche bewirkt.

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 32.

Exekution in Geld gegen einen Schuldner, der eine fremde Kasse führt.

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen.

Dem Carl T. wurde auf Instanz der Stadtkommune W. ein Geldbetrag von 58 Thlr. 19 Sgr. abgepfändet. Sogleich bei der Abpfändung hatte derselbe erklärt, daß das Geld nicht ihm gehöre, sondern für die Aachen-Münchener Feuerversicherungs-Gesellschaft von ihm, in seiner Eigenschaft als Unteragent derselben, eingenommen sei. Das abgepfändete Geld wurde, da die Stadtkommune W. das Eigenthum der genannten Gesellschaft daran nicht anerkennen wollte, in gerichtliche Gewahrsam genommen, und die Gesellschaft erhob gegen die Kommune W. mit dem Antrage Klage:

> ihr, der Gesellschaft, Eigenthum an den abgepfändeten 58 Thlr. 19 Sgr. anzuerkennen und in Herausgabe dieses Betrages an sie zu willigen.

Die Klage war darauf gegründet, daß die von Carl T. für die klagende Gesellschaft zu führende Kasse, wie er bezeugen und die von ihm geführten Bücher ausweisen würden, am Tage der Abpfändung einen Bestand von grade 58 Thlr. 19 Sgr. gehabt; daß Carl T. in seiner Eigenschaft als Unteragent der klagenden Gesellschaft, nach der ihm ertheilten Instruktion verpflichtet war, die für die Gesellschaft eingehenden Gelder besonders und unvermischt mit anderem Gelde aufzubewahren, und daß derselbe dieser Instruktion durch Aufbewahrung des für die Gesellschaft eingenommenen Geldes in einem besondern Pulte, in welchem die abgepfändeten 58 Thlr. 19 Sgr. bei der Exekution vorgefunden worden, auch nachgekommen sei.

Der über den bestrittenen Klagevortrag erfolgten Beweisaufnahme ist die eidliche Aussage des Carl T. zu entnehmen, des Inhalts: Er habe stets die für die klägerische Gesellschaft von ihm eingenommenen Gelder gleich bei ihrem Eingang gebucht und den dieser Buchung gemäß der Gesellschaft daran zuständigen Betrag in ein besonderes, mit

Digitized by Google

der Aufschrift „Agenturgelder" von ihm versehenes Fach seines verschlossenen Pultes hineingelegt, in welchem Fach auch die ihm abgepfändeten 59 Thlr. 19 Sgr., das damalige Guthaben der Gesellschaft an ihn, gefunden seien. Daß jedoch die dort vorgefundenen Münz-, resp. Geldpapier-Stücke dieselben gewesen, welche er für die Gesellschaft vereinnahmt, könne er nicht behaupten. Vielmehr sei ein Wechsel der vereinnahmten speziellen Geldstücke eingetreten und unvermeidlich gewesen, sofern 1) dieselben an ihn häufig außerhalb seiner Behausung gezahlt worden seien, welchen Falls er sie zu dem übrigen Gelde gesteckt, das er grade bei sich geführt, und erst bei der demnächst zu Hause vorgenommenen Buchung den vereinnahmten Betrag, natürlich nicht grade in den vereinnahmten Geldstücken bestehend, in das gedachte besondere Fach gelegt; 2) er die ihm zuständige Provision von den eingegangenen Prämien für sich genommen; 3) er die angesammelten Gesellschaftsgelder, von denen die abgepfändeten 59 Thlr. 19 Sgr. nur der verbliebene Rest gewesen, von Zeit zu Zeit an die Hauptagentur abgeschickt habe — bei welcher Entnahme resp. Absendung ein Umtausch der in der klägerischen Kasse verbliebenen gegen die vorher darin befindlich gewesenen einzelnen Geldstücke gleichfalls vorgekommen, wenngleich der der Klägerin zuständige Rechnungsbetrag auch hierbei stets in der angegebenen Weise gesondert aufbewahrt geblieben sei. —

Bei der hierauf ergangenen abweisenden Entscheidung des ersten Richters hat die Klägerin sich beruhigt. Dieselbe dürfte auch gerechtfertigt sein.

Zunächst ist für das von der Klägerin behauptete Eigenthum an den, dem Carl T. abgepfändeten 59 Thlr. 19 Sgr. der Umstand allein, daß Carl T. einen gleich hohen Betrag im Auftrag und für Rechnung der Klägerin eingenommen hat, nicht entscheidend. Plen.-Beschl. vom 2. Oktober 1848 (Entsch. Bd. 17 S. 19), zu § 62 A. L. R. I. 13.

Demnächst ist zwar anzunehmen, daß die von Carl T. für die Klägerin vereinnahmten Gelder von den betreffenden Zahlungsgebern in der Absicht, die Zahlung an die klagende Gesellschaft zu leisten, gezahlt und von Carl T. in der Absicht, die Zahlung für die Gesellschaft anzunehmen, empfangen worden, daß somit zu dem obligatorischen Anspruch der Klägerin auf die vom Carl T. vereinnahmten Gelder (dem Titel) nach §§ 45 und 58 A. L. R. I. 7 Besitzerwerb (Modus) für die Klägerin hinzugekommen; Klägerin daher allerdings, nach § 1 A. L. R. I. 10 Eigenthümerin der vom Carl T. für ihre Rechnung *vereinnahmten* Gelder geworden war.

Dieses Eigenthum der Klägerin hatte aber seinem Wesen nach nur

Digitized by Google

die konkreten, von Carl T. für ihre Rechnung vereinnahmten Geldstücke zum Gegenstand. Nur diese konnten daher auch Gegenstand des von der Klägerin erhobenen Eigenthumsanspruchs sein. Dieselben sind aber, wie der von der Klägerin selbst erbrachte Beweis ergiebt, nicht identisch mit den dem Carl T. abgepfändeten, die Summe von 59 Thlr. 19 Sgr. ausmachenden Geldstücken, auf welche der Eigenthumsanspruch der Klägerin gerichtet ist und, seinem Wesen nach, nur gerichtet werden konnte. Letzteres um deshalb, weil Eigenthum an Sachen in fremder Gewahrsam nur insoweit denkbar und verfolgbar ist, als diese Sachen individuell erkennbar und unterscheidbar sind; an Geld in fremder Gewahrsam also nur, so lange es in derselben unvermischt geblieben ist.

Diese aus dem Wesen des Eigenthums und des dinglichen Rechts, welche Beide nur an konkreten, des Besitzes fähigen Sachen möglich sind, sich ergebende Beschränkung der Eigenthumsklage ist mittelbar in den §§ 45, 46 A. L. R. I. 15 auch gesetzlich anerkannt.

Inhalts derselben kann Geld, selbst wenn es unvermischt, also individuell erkennbar ist, gegen den onerosen redlichen Erwerber nicht vindizirt werden. Daraus folgt, daß außer dem Falle des onerosen Erwerbes und für den hier vorliegenden Fall der bloßen Gewahrsam an fremdem Gelde, dasselbe zwar an sich vindizirbar bleiben soll, daß dagegen die Vindizirbarkeit generell und also auch für den hier vorliegenden Fall als ganz außer Frage stehend und daher unstatthaft vorausgesetzt wird, wo es wegen fehlender Unterscheidbarkeit des in fremde Gewahrsam gekommenen Geldes vorweg an einem geeigneten Gegenstande der Vindikation mangelt.

War hiernach die Vindikation der Klägerin bezüglich der, dem Carl T. abgepfändeten 58 Thlr. 19 Sgr. unstatthaft, so folgt daraus auch die Unstatthaftigkeit des hier vorliegenden Klageanspruchs.

Denn es war alsdann der Klägerin nur ein obligatorischer Anspruch gegen Carl T. auf Höhe von 58 Thlr. 19 Sgr. zuständig. Auf Grund dieses Anspruchs ist Klägerin aber nicht berechtigt, den dem Carl T. für die Verklagte abgepfändeten Betrag für sich zu verlangen, da ihrem Anspruch der exekutorische Titel abgeht, womit der Anspruch der Verklagten ausgerüstet ist. Ueberdies würde nach der Beschaffenheit des Anspruchs, wegen dessen die Exekution gegen Carl T. für die Verklagte vollstreckt worden ist — derselbe hatte die Erstattung von Defekten zum Gegenstande, welche der Rendant T., dessen Erbe ohne Vorbehalt Carl T. geworden, zum Nachtheil der verklagten Kommune verübt hat — diesem Anspruch schon nach § 79 der K. O. vor der Klägerin weichen müssen.

Digitized by Google

Auch die von der Klägerin geltend gemachte, von Carl T. auch bekundete abgesonderte Führung und Aufbewahrung der klägerischen Kasse vermag einen dinglichen Anspruch der Klägerin an dem vorgefundenen Bestand dieser Kasse nicht zu begründen. So wenig der Kassenbestand als solcher eine für sich bestehende, der Vindikation fähige Sache ist, so wenig ist die gesonderte Kassenführung geeignet, dem Kassenbestand diese Eigenschaft einer vindikationsfähigen Sache, dem Anspruch auf denselben dingliche Natur zu verschaffen. Es läßt sich auch nicht sagen, daß diesen Falls die getrennte Verwaltung der einem Andern übertragenen Kasse ihre Bedeutung und ihren Zweck verliere. Dieser Zweck ist vielmehr immer noch darin zu finden, daß der Anspruch dessen, für den die Kasse geführt wird, gegen den Kassenführer jederzeit erkennbar und realisirbar gemacht werden kann.

Nr. 33.

Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Mitgetheilt von Friedrich Gerstein, Rechtsanwalt in Herford.

A klagte gegen B 1000 Thaler ein und erwirkte die Eintragung eines Arrestes zur Höhe seiner Forderung auf das Gut des B. B wurde verurtheilt, der Arrest für justifizirt erklärt und an Stelle desselben die rechtskräftige Forderung des A ins Hypothekenbuch eingetragen. B hatte jedoch vor der Eintragung des Arrestes durch Vertrag vom 1. April sein Gut bereits an C verkauft. Nachdem für diesen der Besitztitel berichtigt war, erhob A gegen ihn die Hypothekarklage. C bestritt die Rechtsbeständigkeit der Hypothek und beantragte widerklagend Verurtheilung des A zur Einwilligung in die Löschung derselben.

Unter gleichzeitiger Abweisung der Klage wurde diesem Widerklageantrage gemäß erkannt. Es wurde ausgeführt: Wenn der Schuldner und Arrestat nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks ist, auf welches der Arrest verhängt und eingetragen wird, so kann der gegen ihn angelegte Arrest, wiewohl der Besitztitel noch für ihn berichtigt ist, gegen den wahren Eigenthümer eine nachtheilige Wirkung nicht äußern. Denn ein dingliches Recht giebt der angelegte Arrest nicht. Seine Wirkung besteht nur darin, daß der Schuldner von nun an nicht mehr zum Nachtheil des Gläubigers Verfügung treffen, durch solche dasselbe nicht dem entziehen kann, daß aus ihm die Forderung, für welche der Arrest

Digitized by Google

verhängt ist, berichtigt werde. Durch Verhängung und Eintragung des Arrestes wird keine positive Verfügung über das Grundstück getroffen, er hat nur die negative Wirkung, daß der Arrestat über dasselbe keine Verfügung zum Nachtheile des arrestirenden Gläubigers treffen kann. Der wahre, nicht eingetragene Eigenthümer wird dadurch nicht betroffen. Eigenthümer war aber durch den Vertrag vom 1. April der Verklagte und Widerkläger C, während die Eintragung des später in eine definitive Hypothek umgewandelten Arrestes erst am 2. April nachgesucht war. Der Umstand, daß zu dieser letzteren Zeit der B noch als Besitzer eingetragen war und die Einreichung des Vertrages vom 1. April erst später, am 4. April, erfolgte, ist also nicht entscheidend.

Nachdem das auf diese Gründe gestützte Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hatte, erhob A von Neuem Klage gegen B und C. Er focht nunmehr auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855 den Vertrag vom 1. April an, indem derselbe nur zum Scheine und lediglich in der Absicht geschlossen sei, ihn, den Kläger, zu verkürzen. Er stellte den Antrag,

> den Vertrag vom 1. April in Ansehung seiner Forderung für unverbindlich und ihn zur Verwendung des durch diesen Vertrag veräußerten Grundvermögens zu seiner Befriedigung für befugt zu erklären, demgemäß auch dem Mitverklagten C das Recht abzusprechen, noch ferner die Löschung der Forderung der 1000 Thaler im Hypothekenbuche zu verlangen.

Dieser Klage setzte C den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Er führte aus: „Der Kläger ist im Vorprozeß auf die Widerklage rechtskräftig verurtheilt, in die Löschung der Hypothek zu willigen, es ist mir also dieselbe Befugniß zuerkannt, deren Aberkennung der Kläger nunmehr im Wege Rechtens erwirken will. Es handelt sich also um denselben Streitgegenstand unter denselben Personen und zwar stützt sich das Erkenntniß im Vorprozeß auf denselben Vertrag vom 1. April, den der Kläger nunmehr anfechten will, also auf dasselbe Rechtsverhältniß unter Parteien. Dieses ist im Vorprozeß festgestellt, ich bin dort auf Grund des Vertrages vom 1. April als Eigenthümer anerkannt, die Rechtsbeständigkeit dieses Vertrages ist also nicht ferner in Frage zu stellen. Der gestellte Klageantrag bezweckt die direkte Wiederaufhebung der rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses, welche allen Grundsätzen der res iudicata widersprechen würde. Zudem verfolgte Kläger im Vorprozesse mit seinem Antrage genau dasselbe Ziel, zu welchem er jetzt gelangen will, nämlich seine Befrie-

Digitized by Google

digung aus dem mir durch Vertrag vom 1. April übertragenen Grundvermögen wegen seiner Forderung von 1000 Thlrn. an einen Dritten. Er ist mit seinem dahin gehenden Antrage rechtskräftig abgewiesen, kann ihn also nicht von Neuem zum Gegenstande einer Klage gegen mich machen."

Die Parteien haben sich verglichen, nachdem der Beschluß des Gerichts auf Erhebung des Seitens des Klägers angetretenen Beweises hatte erkennen lassen, daß es den Einwand des Verklagten nicht für entscheidend erachten werde.

Und in der That würde dieser nicht haben durchschlagen können. Zwar ist es richtig, daß die neue Klage, auch in ihrem Antrage, direkt darauf abzielte, die rechtskräftige Verurtheilung des Klägers zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu beseitigen. Diese Verurtheilung war erfolgt auf Grund des Vertrages vom 1. April, dessen Rechtsbeständigkeit im Vorprozeß nicht angegriffen war. Der durch diesen Vertrag vor Eintragung des Arrestes eingetretene Eigenthumserwerb des Verklagten war der Entscheidungsgrund des früheren Erkenntnisses, welcher nicht rechtskräftig wurde. Kläger war im Vorprozeß, wie geschehen, verurtheilt, weil der Arrest dem wahren Eigenthümer nicht entgegenstehe. Dieses damals vorausgesetzte Eigenthum des Verklagten greift jetzt Kläger durch neue Klage auf den Grund hin an, daß der Vertrag, auf den Verklagter sich berief, simulirt gewesen sei. Würde er den ihm hierfür obliegenden Beweis erbringen, so würde er damit den thatsächlichen Entscheidungsgrund des früheren Erkenntnisses beseitigen. Daraus würde dann aber weiter mit Nothwendigkeit folgen, daß Verklagter nicht ferner befugt sein kann, dem Kläger gegenüber die Löschung der Hypothek zu verlangen. Das ihm im Vorprozeß zuerkannte Recht würde ihm trotz der Rechtskraft des gedachten Erkenntnisses nunmehr aberkannt werden müssen (weil der Entscheidungsgrund des letzteren nicht mehr zutrifft), weil für Kläger ein neuer Rechtsgrund: die Simulation des vorhin nicht angefochtenen Vertrages vom 1. April, die aus diesem hergeleitete Entscheidung vernichten würde. Hiernach kommen wir zu dem Resultate, daß der vorliegenden Klage nur dann die erörterte Einrede entgegenstehen würde, wenn der Kläger und Widerbeklagte im Vorprozesse zur Anerkennung der Rechtsbeständigkeit des Vertrages vom 1. April im dispositiven Theile des Erkenntnisses verurtheilt worden wäre. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 19 S. 277 ff., Beiträge VI S. 333 ff. „Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung erfordert in Betreff des Gegenstandes des Prozesses, daß derselbe nicht bloß äußerlich, der Bezeichnung, dem Umfange und Betrage nach, sondern auch innerlich, d. h. seinem

Digitized by Google

Wesen und Entstehungsgrunde nach, mit dem Gegenstande der Erörterung und Entscheidung des Vorprozesses ein und derselbe sei."

Steht dem Kläger aber nicht schon deßhalb der Einwand der res iudicata entgegen, weil er im Vorprozeß rechtskräftig abgewiesen ist? Bei Beantwortung dieser Frage muß wiederum zugegeben werden, daß beide Klagen dasselbe Ziel anstreben: die Befriedigung des Klägers wegen seiner Forderung von 1000 Thlrn. aus dem dem Verklagten durch Vertrag vom 1. April übertragenen Grundvermögen. Nur so weit dies sein Interesse bei dem Vertrage in Frage kommt, sieht Kläger ihn an, während er im Vorprozeß mit dem Antrage, den Verklagten zu seiner Befriedigung aus dem Erlöse des Kaufgegenstandes zu verurtheilen, abgewiesen wurde. Der Verklagte folgert daraus, daß Kläger die Sache, das Recht, worüber der dispositive Theil des Vorerkenntnisses entscheide, von Neuem von demselben Gesichtspunkte, demselben Klagegrunde aus in Frage stelle. Auch dies wohl mit Unrecht. Denn im Vorprozeß ging der Kläger davon aus, daß Verklagter, obwohl er durch den Vertrag vom 1. April Eigenthümer geworden, dennoch die zu Gunsten des Klägers eingetragene Hypothek anerkennen müsse, jetzt aber stützt er seinen Anspruch darauf, daß Verklagter, da der Vertrag vom 1. April simulirt sei, nicht Eigenthümer geworden und deßhalb der Befriedigung des Klägers aus dem Gegenstande des Vertrages zu widersprechen nicht befugt sei. Hätte Kläger den ihm obliegenden Beweis erbracht, so würde ihm der Verklagte nicht mehr als Eigenthümer gegenüberstehen, sondern als ein solcher, der in Gemeinschaft mit dem ursprünglichen Schuldner des Klägers, dem Mitverklagten B, widerrechtlich dem Kläger den Gegenstand seiner Befriedigung hat entziehen, nicht aber ernstlich das Eigenthum des letzteren hat erwerben wollen.

Mögen immerhin beide Klageanträge denselben Zweck verfolgen, in ihrer Begründung, in ihrem Wesen sind sie verschieden. Die Klage des Vorprozesses war die Hypothekarklage, die jetzige Klage ist die persönliche Klage auf Anerkennung des Rechts des Klägers, aus bestimmten Objekten, auch abgesehen von der zu seinen Gunsten darauf eingetragenen Hypothek, seine Befriedigung zu suchen. Aus der Identität der Klageanträge, bezüglich des Zweckes der Klagen folgt also noch nicht, daß beide mal dasselbe Rechtsverhältniß der richterlichen Prüfung und Entscheidung unterworfen wird. Dies ist aber schließlich die wesentliche Bedingung der exceptio rei iudicatae, eine Bedingung, die im vorliegenden Falle nicht für zutreffend hätte erachtet werden können.

Digitized by Google

Nr. 34.

Voraussetzungen der condictio indebiti.

Der Steuerempfänger zu Brilon wurde unterm 26. Februar 1858 von der Königlichen Regierungs-Hauptkasse zu Arnsberg angewiesen, dem invaliden Unteroffizier Anton Wahle zu Brilon vom 1. März 1858 ab eine Invaliden-Pension von monatlich 3 Thlrn. aus der Steuerkasse zu zahlen. Derselbe hat die Invaliden-Pension für die Zeit vom 1. März 1858 bis 1. April 1860 mit 75 Thlrn. irrthümlich dem Verklagten, dem ehemaligen Kreisboten Anton Wahle, gezahlt, der als Landwehrmann und Ritter des Eisernen Kreuzes im Jahre 1817 als Invalide zur Versorgung mit einem Civildienste annotirt war und später einen solchen als Kreisbote erhalten hatte, während die Pension dem kürzlich aus dem Militairdienste entlassenen, später als Wagenmeister bei der Post angestellten Unteroffizier Wahle zu Brilon bestimmt war. Der klagende Steuer-Fiskus beansprucht von dem Verklagten die Rückzahlung der erhobenen 75 Thlr., indem er nachzuweisen suchte, daß die Erfordernisse der condictio indebiti vorhanden seien und den Antrag stellte:

> den Verklagten zur Rückzahlung der 75 Thlr. nebst 5 % Zinsen vom Tage der Insinuation der Klage zu verurtheilen.

Der erste Richter hat diesen Klageantrag verworfen. Derselbe erachtet die Voraussetzungen der condictio indebiti nicht für vorliegend, weil Kläger nicht, um eine Verbindlichkeit zu erfüllen, gezahlt habe, sondern eine Unterstützung, mithin ein Geschenk habe geben wollen, zum Andern, weil für ihn die unvollkommene, d. h. die moralische Pflicht bestanden habe, den Verklagten, welcher dem Vaterlande in den Schlachten der Befreiungskriege seine Dienste gewidmet, zu unterstützen.

Auf die Appellation des Klägers ist durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 28. April 1864, unter Abänderung des ersten Urtheils, aus folgenden Gründen dem Klageantrage entsprochen worden:

Die vom Kläger angestellte condictio indebiti mußte für begründet erachtet werden. Die Erfordernisse dieser Rückforderungsklage sind in den §§ 166, 178, 179 I. 16 A. L. R. ausgesprochen. Nach § 166 cit. kann das, was auf den Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit und also aus Irrthum bezahlt worden, zurückgefordert werden. Es muß aber, wie § 178 vorschreibt, ausgemittelt sein:

Digitized by Google

1) daß für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine bloß moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei;
2) daß der Empfänger dadurch einen Vortheil erlangt habe, zu welchem er gar kein Recht hatte;
3) daß die Zahlung aus einem wirklichen Irrthum geschehen sei.

Bekanntlich besteht unter den gemeinrechtlichen Juristen ein lebhafter Meinungsstreit darüber, ob es für die Frage nach der Statthaftigkeit der condictio indebiti auf die verschiedenen Arten des Irrthums, Irrthum in der Thatsache oder Rechtsirrthum, entschuldbaren oder nicht entschuldbaren Irrthum, ankomme, indem die meisten älteren Praktiker und von den Neueren namentlich von Savigny (System Bd. III Beil. VIII S. 360 f., 447 f.) und Puchta (Pandekten § 309) die Ansicht, daß Rechtsirrthum zur Rückforderung nicht berechtige, vertheidigt haben, während Mühlenbruch (Pandekten § 378 f.), v. Bangerow (Pandekten, Anm. 2 ad § 83), Renaud im Archiv für civilist. Praxis Bd. 29 S. 147 f. und 428 f. und die meisten Neueren sich gegen die Unterscheidung zwischen error facti und error juris aussprechen. Im Allgem. Land-Recht ist die Controverse nach Suarez (Schluß-Revision, Jahrb. Bd. 41 S. 53) im Sinne der letzteren Meinung dahin entschieden, daß auch Rechtsirrthum die Condiction begründe — worin man von den Grundsätzen des römischen Rechts abzuweichen geglaubt. Im Uebrigen enthält aber jener Bemerkung von Suarez zufolge die in den § 166 f. a. a. O. vorgetragene landrechtliche Theorie nur „eine genauere Auseinandersetzung und viele nähere Bestimmungen dieser im römischen Rechte sehr dunkeln und verwickelten Lehre." Man hat demnach, abgesehen von den Vorschriften über die Beschaffenheit des Irrthums, bei Abfassung des A. L. R. von den gemeinrechtlichen Prinzipien nicht abgehen, vielmehr dieselben im Wesentlichen beibehalten wollen, und läßt sich die wahre Bedeutung der im § 178 a. a. O. angegebenen Requisite füglich aus dem gemeinen Rechte näher erläutern.

Vom ersten Richter ist nun bereits mit Recht angenommen worden, daß dem Verklagten auf die Gewährung der von ihm bezogenen Invaliden-Pension kein Rechtsanspruch zur Seite stand, mithin Verklagter durch den Empfang der 75 Thlr. einen Vortheil erlangt hat, auf welchen er kein Recht hatte, ferner, daß die Zahlung aus einem Irrthum Seitens des Steuerempfängers, welcher ihn mit dem zum Empfange berechtigten spätern Wagenmeister Anton Wahle verwechselt hatte, geleistet ist. Judex a quo vermißt nur das eine Requisit, daß

Digitized by Google

für den Kläger eine Nicht-Schuld solvirt sei, zu deren Zahlung für ihn auch keine bloß moralische Verpflichtung vorgelegen habe. Hierin ist demselben nicht beizupflichten.

Sämmtliche Condictionen gehen auf Rückgabe eines hingegebenen Gegenstandes, welcher ohne haltbaren Rechtsgrund aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners übergegangen ist (v. Savigny System Bd. V Beilage XIV S. 503, 518 f.). Die condictio indebiti hat zur Voraussetzung solutum, indebitum und error. Das solvere setzt wiederum eine obligatio, ein Schuldverhältniß, voraus. Wer zahlt, will eine Wirkung für die Zukunft hervorbringen, das Schuldverhältniß aufheben, also eine unmögliche Wirkung, wenn ein solches nicht bestand. Der Wille des Zahlenden ist bei der solutio indebiti darauf gerichtet, das geleistete Objekt in das Vermögen des Empfängers zu übertragen und dadurch die Aufhebung einer juristischen Schuld zu bewirken; die solutio indebiti unterscheidet sich deshalb gerade dadurch von der Schenkung, daß der Zahlende eine Schuld, welche er irrig für bestehend hält, tilgen will. Die Verpflichtung, welche er zu erfüllen gedenkt, besteht aber nicht objektiv, sondern bloß subjektiv in der Meinung des Zahlenden. Wer aus einer vermeintlichen juristischen Nothwendigkeit — ex falsa causa praeterita — zahlt, dessen Zahlung ist ungültig, weil der Wille, in Folge dessen er den Empfänger bereichern wollte, in der Wirklichkeit nicht besteht. Er wollte ein debitum leisten, hat aber ein indebitum geleistet. Dies tritt auch in dem Falle ein, wo der Schuldner anstatt an den wirklichen Gläubiger, an einen Andern, welchen er irrthümlich für seinen Gläubiger hielt, gezahlt hat. Hier will der Schuldner eine wirklich bestehende Schuld abtragen, erklärt aber in Folge des Irrthums seinen Willen gegen eine andere Person als die seines Gläubigers. l. 65 § 9 Dig. de condict. indeb. 12, 6:

„Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur."

Unter dieser Vorschrift ist der vorliegende Rechtsstreit zu subsumiren.

Der klagende Fiskus hat weder dem Verklagten noch dem invaliden Unteroffizier, spätern Wagenmeister Wahle ein Geschenk oder eine Unterstützung zuwenden wollen, sondern der Bevollmächtigte des Fiskus hat das Geld in Folge der ihm ertheilten Anweisung aus der fiskalischen Steuerkasse als eine dem invaliden Unteroffizier Wahle gebührende monatliche Invaliden-Pension gezahlt. Der Letztere hatte beim Militair gedient und war als civilversorgungsberechtigter Unteroffizier verabschiedet, ihm mußte daher auf Grund des Gesetzes vom 4. Juni 1851 über

Digitized by Google

die Versorgung der Militair-Invaliden (§ 1 und 5) von seiner Entlassung bis zu seiner Anstellung im Civildienste eine nach § 5 f. a. a. O. zu normirende Invaliden-Pension, welche, da er bald darauf im Postdienste angestellt wurde, die Natur eines Wartegeldes hatte, vom Staate gewährt werden. Diese Invaliden-Pension war keine Schenkung, keine Unterstützung, sondern der Berechtigte hatte darauf durch die dem Staate geleisteten Militairdienste einen im Gesetze wurzelnden Rechtsanspruch erworben. Mochte auch vor dem Erlasse des Gesetzes vom 24. Mai 1861 (G.-S. S. 241) der Rechtsweg über eine behauptete Pensionsberechtigung und die Höhe der zu bewilligenden Pensionssumme nicht gestattet sein, sondern nur der Weg der Beschwerde betreten werden können, so ist doch so viel klar, daß der Beamte durch seine Dienstleistungen einen im Gesetze begründeten rechtlichen Anspruch auf Pension nach eingetretener Dienstunfähigkeit erwirbt, und daß der Staat, welcher dem mit einem solchen Anspruche ausgestatteten Beamten oder Militair die Pension zahlen läßt, nicht schenkt, sondern eine wirklich bestehende juristische Verbindlichkeit erfüllt. Faßt man dies näher ins Auge, so hat der Steuer-Empfänger, welcher als Verwahrer der fiskalischen Gelder die Invaliden-Pension demjenigen, für welchen sie bestimmt war, zu zahlen glaubte, dem Verklagten nomine fisci kein Geschenk machen wollen, sondern mit der Absicht gezahlt, eine bestehende Schuld des Fiskus gegen den berechtigten Empfänger abzutragen, ex causa solvendi das Eigenthum des Geldes auf den Verklagten übergehen zu lassen. Er hat sich nur in der Person des Gläubigers geirrt, indem er die Zahlung in der irrthümlichen Meinung, Verklagter sei der Empfangsberechtigte, an einen Unberechtigten an Stelle des wahren Gläubigers geleistet hat. Daß die Zahlung des Geldes nicht von dem Eigenthümer des letztern, sondern von dessen Stellvertreter ausgegangen ist, begründet keinen Unterschied. cf. l. 5. 47. 1. Dig. 12. 6. und insbesondere l. 6. pr. D. h. t.:

> „Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo scripsit."

sowie l. 57 pr. D. h. t.:

> „Quum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est."

Der vom ersten Richter geltend gemachte Gesichtspunkt einer Schenkung ist hier ganz unzutreffend, weil die Suppositon, das Geld sei nicht solvendi, sondern donandi animo hingegeben, unrichtig ist. Allerdings behandeln die Gesetze denjenigen, der ohne erweislichen Irrthum eine Nichtschuld bezahlt, als Schenker (§ 181 I. 16 A. L. R.) nach

Digitized by Google

dem Satze „si sciens se non debere, solvit, cessat repetitio (l. 1 § 1 Dig. 12. 6). Ebenso ist es richtig, daß, wenn Jemand aus einer falschen causa praeterita schenkt, er das Geschenkte wegen Irrthums nicht zurückfordern kann, weil sich nicht behaupten läßt, daß, wenn der irrthümliche Beweggrund nicht vorgewaltet hätte, das Geschäft nicht abgeschlossen sein würde (l. 65 § 2 Dig. eod., l. 29 pr. Dig. 39. 6; von Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen § 18). Allein im vorliegenden Falle hat weder der Fiskus noch dessen Mandatar die Absicht zu schenken gehegt; denn das Geld ist dem Verklagten als Invaliden-Pension gezahlt. Hätte derselbe aber auch in der irrigen Meinung gestanden, das Geld sei ihm als Unterstützung, als ein vom Staate ihm zugewendetes Geschenk gegeben, und wäre bei der Hingabe des Geldes keine Erklärung über ihren Zweck erfolgt, dennoch würde keine Schenkung vorliegen, weil der animus des Eigenthümers des Geldes darauf gerichtet war, zu zahlen. Der Einwand, daß Fiskus den Verklagten habe beschenken wollen, ist demnach gar nicht zu erheben. Es könnte vielmehr, da das Geld ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, wenngleich auf redliche Weise, in die Hände des Verklagten gekommen ist, die Frage entstehen, ob hier nicht schon die condictio sine causa Statt finde? Wäre das Geld noch unterscheidbar beim Verklagten vorhanden, so würde Fiskus die Geldstücke vindiciren können; da sie aber consumirt sind, ist die condictio auf Rückzahlung einer gleichen Geldsumme begründet.

cf. l. 46 Dig. 12, 6: „Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest, sed si ignorante herede nummos ejus tradidit, dominus eos recte vindicabit."

Endlich bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob für den Kläger wenigstens eine „moralische Verbindlichkeit" zur Zahlung vorhanden gewesen sei. Oben ist bereits bemerkt, daß das Allg. Land-Recht in dieser Materie wesentlich römisches Recht enthält. Deßhalb muß zur Erklärung dessen, was die Redaktoren unter dem Ausdrucke „moralische Verbindlichkeit" verstanden haben, auf die gemeinrechtlichen Grundsätze zurückgegangen werden. Das römische Recht versagt nun die condictio soluti auch in denjenigen Fällen, wo ein naturaliter debitum vorlag, und begreift unter obligationes naturales, s. g. natürlichen Verbindlichkeiten, solche, welche aus gewissen Gründen der Zweckmäßigkeit und Schicklichkeit — weder durch das jus civile noch durch den Prätor mit Rechtsschutzmitteln (actio, exceptio) versehen, jedoch insoferu rechtlich anerkannt waren, als das Rechtsverhältniß, wenn die Verbindlichkeit durch Zahlung erloschen war, nunmehr durch soluti retentio gesetzlich geschützt

Digitized by Google

war. Ihren Grund hatten diese s. g. Natural-Obligationen theils im jus gentium, theils in den römischen Anschauungen von Ehrbarkeit und Pietät. Der Grundsatz „repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit“ gilt auch bei solchen Civil-Obligationen, deren Wirksamkeit durch exceptio aufgehoben ist, wobei aber noch eine naturalis obligatio übrig bleiben kann (z. B. bei der Einrede der Verjährung). Es giebt aber auch mehrere Fälle, in welchen die römischen Gesetze die Rückforderung des nicht einmal naturaliter Geschuldeten ausschließen, weil sie contra bonos mores wäre und einen Verstoß gegen die Pietät und den Anstand, eine Art turpitudo enthalten würde. So ist die Rückforderung unter Andern ausgeschlossen, wenn der paterfamilias irrig Schulden des Haussohns über den Bestand des Pekuliums gezahlt oder der Schuldner irrig ungeschuldete Zinsen von einem existirenden Kapitale entrichtet hat — da es als billig betrachtet wird, daß der Schuldner für die Benutzung des Kapitals ein Aequivalent gebe (l. 11. 26 pr. § 12, l. 32 § 2 Dig. 12. 6, v. Vangerow, Pand. § 625). Keineswegs aber schließen alle s. g. Anstandspflichten die Rückforderung aus, sondern nur solche moralische Verbindlichkeiten, denen das Gesetz diese Wirksamkeit in concreto beigelegt hat.

Fragt man nun, was das Allg. Land-Recht unter den „moralischen Verbindlichkeiten“ (§ 178 a. a. O.) und „unvollkommenen Pflichten“ (§ 179 ibid.) verstanden habe, so können, entsprechend dem römischen Begriffe von naturaliter debitum, nur solche Schuldverhältnisse gemeint sein, welche vermöge positiver Rechtsbestimmungen mit dem Prärogativ der Klagbarkeit, überhaupt mit Rechtsschutzmitteln nicht ausgestattet sind. Hauptsächlich hat das Gesetz Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften im Auge, welche auf Grund der allgemeinen Vorschriften über die Form der Verträge für den Zahlenden unverbindlich sind, trotz dieses Mangels aber nach der allgemeinen Anschauung eine moralische Pflicht zur Zahlung auf Seite des Zahlenden begründen. Daß dagegen bei der Redaktion des § 178 cit. an Anstands- oder Liebespflichten nicht gedacht ist, ergiebt sich aus der Bemerkung von Suarez in dessen Schlußvorträgen über die Verwerflichkeit der Unterscheidung zwischen error facti und error juris, wo es heißt: „Ein naturaliter debitum heißt zuerst dasjenige, wo die natürliche Verbindlichkeit durch eine Dispositiou des positiven Rechts aufgehoben wird,“ ferner aus den im § 184 I. 16. A. L. R. aufgezählten speziellen Fällen, nach welchen auch durch Verträge, Testamente oder Urtheile, die wegen Mangels an den gesetzlichen Formen ungültig sind, eine moralische Verbindlichkeit begründet wird. Keiner dieser Fälle liegt hier vor. Wollte man aber

Digitized by Google

auch das römisch-rechtliche Prinzip verallgemeinern, die „moralische Verbindlichkeit" in einem weitern Sinne auffassen und mit „Anstandspflicht" identifiziren, so würde gleichwohl die Klage begründet sein. Allerdings läßt sich die Pflicht des Vaterlandes nicht bestreiten, Diejenigen, welche in den Befreiungskriegen für dasselbe gekämpft haben und invalide geworden sind, zu unterstützen. „Um nach Ablauf eines halben Jahrhunderts den Dank des Vaterlandes für die Dienste, welche das Heer demselben in den Jahren 1813, 1814 und 1815 geleistet hat, wirksam zu bethätigen," ist das Gesetz vom 10. März 1863 über die Erweiterung der Senioren-Stiftung für die Inhaber des Eisernen Kreuzes 2c. ergangen. Dem Verklagten steht aber, wenn er sich auf eine moralische Verpflichtung des Staats berufen will, entgegen, daß das indebitum gar nicht als eine „Unterstützung" gezahlt und seinerseits nicht nachgewiesen ist, daß er auf Gewährung einer Pension von monatlich 3 Thlrn. Anspruch zu machen hatte, da er zugiebt, seit 1818 eine Pension von monatlich 8 Thlrn. aus Staatsfonds bezogen zu haben. Er hätte vielmehr nachweisen müssen, daß wegen seiner hülfsbedürftigen Lage der Staat moralisch verpflichtet gewesen wäre, diese Pension seit 1. März 1858 von 8 Thlr. auf 11 Thlr. monatlich zu erhöhen. Hierfür ist auch in der Appellations-Beantwortung, in welcher auf das Gutachten des Dr. Amecke provocirt wird, nichts Concludentes angeführt. Das Geld ist aber auch als „Wartegeld für einen civilversorgungsberechtigten Unteroffizier" gezahlt worden, und zur Bezahlung eines solchen Wartegeldes bestand für den Staat, da Verklagter nicht versorgungsberechtigt war, keinerlei moralische Verbindlichkeit. Es kommt aber gerade darauf an, festzustellen, daß die spezielle Leistung, wegen welcher die Condiction angestellt wird, ein naturaliter debitum war, und es kann nichts erheben, ob der Zahlende überhaupt moralisch verbindlich gewesen, den Empfänger zu unterstützen, ihm ein aliud zu prästiren.

Da der Verklagte hiernach ohne den Willen des Zahlenden und ohne gesetzlich haltbaren Grund in Folge eines beim Vertreter des Fiskus vorgewalteten Irrthums bereichert worden ist, treffen alle Requisite der condictio indebiti zu, und mußte der Verklagte unter Abänderung des ersten Erkenntnisses zur Rückzahlung der indebite empfangenen 75 Thlr., und zwar gemäß § 195 I. 16 A. L. R. nebst 5 % Zinsen vom Tage der Klagebehändigung verurtheilt werden.

F. 493.

Digitized by Google

Nr. 35.

Ist das Recht des Grundnachbars, welches der im § 164 I. 8 A. L. R.*) festgesetzten Verpflichtung entspricht, auch gegen den Besitznachfolger dessen, der das Gebäude abgebrochen hat, geltend zu machen?

Mitgetheilt von R. Koch, Stadtrichter in Danzig.

Der Besitzer eines ländlichen Grundstücks hat eine Scheune, welche bis dahin die Grenze mit der Hoflage des Nachbarn bildete, abbrechen lassen und demnächst das Grundstück veräußert. Gegen seinen Besitznachfolger klagte sodann jener Nachbar auf Errichtung eines 6 Fuß hohen Bretterzauns an Stelle der Scheune. Der Verklagte erhob den Einwand mangelnder Passiv-Legitimation und beantragte Abweisung des Klägers. Auf diese hat auch das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig am 9. Juni 1864 erkannt.

Der Wortlaut des vom Kläger allegirten § 164 I. 8 A. L. R., wurde ausgeführt, scheine allerdings dafür zu sprechen, daß diese Gesetzesstelle lediglich aus der Wegnahme der Scheune (quasi ex delicto) die Verpflichtung zum Bauen und Unterhalten einer neuen Scheidung entspringen lasse. Allein dieselbe sei nicht in dieser Weise vereinzelt auszulegen. Sie stehe vielmehr in deutlichem Zusammenhange mit dem ganzen System der §§ 149 bis 168 ibid. Von dem Prinzipe der Berechtigung zur Anlage von Grenzscheidungen werde in denselben übergegangen zur Unterhaltungspflicht. Diese liege zunächst dem Anlegenden, eventuell dem Eigenthümer ob; wer dies sei, bestimme sich im Zweifel nach der Beschaffenheit der Scheidung, bei Zäunen und Wellerwänden nach der Lage, eventuell danach, ob bisher ein Gebäude die Haltung eines Zaunes unnöthig gemacht hat; schlimmstenfalls sei die Unterhaltungspflicht gemeinschaftlich. Ueberall in diesen Bestimmungen sei ein Nachbarverhältniß vorausgesetzt. Aus dem Besitz des Grundstücks, in § 164 cit. allerdings verbunden mit dem darin enthaltenen besonderen Umstande, entspringe eine dem Nachbargrundstück zu Gute kommende Verpflichtung. Nur bei solcher Auslegung behalte § 164 cit. die ihm zukommende Stelle unter den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums. Habe der Wegnehmende das Grundstück veräußert,

*) „Hat bisher ein Gebäude die Haltung eines Zauns unnöthig gemacht, so muß der, welcher dies Gebäude wegnimmt, den dafür anzulegenden Zaun bauen und unterhalten, selbst wenn er sonst, nach der Regel des § 162, dazu nicht verpflichtet sein würde."

Digitized by Google

so fehle eine der Bedingungen, unter denen die in § 164 cit. verordnete Verpflichtung gegen ihn von dem Nachbar geltend zu machen sei. Bei dieser Rechtslage könne es außer Betracht bleiben, ob nicht auch in jenem Falle, wie in dem des § 162 h. t. (Plenar-Präj. d. Ober-Trib. 2713. Entsch. Bd. 43 S. 1 f.) die Verpflichtung „zu bauen und zu unterhalten" nur die Unterhaltung eines bereits vorhandenen, hier also einer an Stelle des abgebrochenen Gebäudes errichteten, nicht auch die Anlage einer neuen Scheidung in sich schließe. Vielmehr sei jedenfalls der Einwand der Passivlegitimation vollkommen begründet.

Nr. 36.

Beweislast beim Streit um ein jus potius.

Mitgetheilt von dem Kreisrichter Davidsohn in Wehlau in Ostpreußen.

Von einer dem A gegen den B zuständigen, am 1. October 1859 fällig gewordenen Kaufgelderforderung sind für den C im Wege der Exekution gegen A 213 Thlr. durch gerichtliche Verfügung vom 22. Oktober 1859 mit Arrest belegt.

Dem D hat A von derselben Forderung 250 Thlr. in einer privatschriftlichen, vom 2. Oktober 1859 datirten Cession abgetreten.

Auf Grund dieser Cession ist B verurtheilt, dem D die gedachte, demselben cedirte Forderung im kontradiktorisch festgesetzten Betrage von 233 Thlrn. 10 Sgr. nebst Zinsen zu zahlen, jedoch, da B die auf die Forderung angelegten Arreste, darunter den von 213 Thlrn. für den C, dem Zahlungsverlangen des D entgegensetzte, nur „unbeschadet der darauf angelegten Arreste." Diesem Judikat gemäß hat B die ausgeurtheilte Forderung im Betrage von 242 Thlrn. 19 Sgr. in das gerichtliche Depositum zu einer D-B'schen Streitmasse gezahlt.

Aus dieser Masse verlangt C den für ihn mit Arrest belegten Betrag von 213 Thlrn. und ist gegen D dahin klagbar geworden:

> daß derselbe in Auszahlung dieser 213 Thlr. an ihn, den C, willige,

während D reconveniendo beantragt hat:

> den C zu verurtheilen, daß er in Auszahlung der ganzen Masse an ihn, den D, willige.

Kläger stützt seinen Antrag auf die Behauptung, daß die von ihm extrahirte Arrestverfügung vom 22. Oktober 1859 schon ergangen und

Digitized by Google

den Interessenten bekannt gemacht worden sei, als A die vom 2. Oktober datirte Cession an den Verklagten ausstellte. Der Verklagte hat sich darauf beschränkt, diese Thatsache und die Behauptungen, aus denen Kläger dieselbe gefolgert wissen will, zu bestreiten, ohne seinerseits einen Beweis dafür anzutreten, daß die ihm von A ertheilte Cession in der That am 2. Oktober 1859 ausgestellt worden.

Der erste Richter erkannte ohne Beweisaufnahme nach dem Antrage der Konvention und auf Zurückweisung der Rekonvention, indem er erwog:

Beide Theile machen Anspruch auf dieselbe, zur D-B'schen Streitmasse eingezahlte A'sche Kaufgelderforderung auf Höhe von 213 Thlrn. Beide leiten diesen Anspruch aus einem vom ursprünglichen Eigenthümer der Forderung, dem A, erlangten Titel ab; Kläger aus der Arrestverfügung vom 22., Verklagter aus der Cession vom 2. Oktober 1859. Ein Besitz am Streitgegenstande, nach dessen Vorhandensein der Streit zu entscheiden wäre, steht keinem von beiden Theilen zur Seite. Vielmehr ist der am Streitgegenstande eingetretenen gerichtlichen Gewahrsam grade die Wirkung beizumessen, den Besitz beider streitenden Theile an diesem Gegenstande gleichmäßig auszuschließen; vergl. A. L. R. I. 7 §§ 156, 159 und Einl. § 98.

Der Streit der Parteien ist hiernach lediglich zu Gunsten derjenigen von ihnen zu entscheiden, dessen Titel früher entstanden ist: § 22 A. L. R. I. 10 und Präj. vom 25. März 1837 (Entsch. Bd. 2 S. 332) und vom 5. Mai 1838 (Entsch. Bd. 4 S. 71).

Der dem Kläger zur Seite stehende Titel aber, die richterliche Verfügung vom 22. Oktober 1859, ist als solche recognitionsfrei; als Zeitpunkt der Entstehung dieses Titels das genannte Datum daher nachgewiesen.

Der Titel dagegen, auf den sich der Verklagte stützt, die Cession vom 2. Oktober 1859, hat dem Kläger gegenüber, dem der Cedent A nicht hat präjudiziren können, nur die Kraft eines unbeeidigten Zeugnisses, § 158 b und a Tit. 10 der Pr.-Ordn. Es kann also auch, daß diese Cession an dem darin genannten Tage ausgestellt worden, dem Kläger gegenüber nicht für erwiesen gelten.

Hiernach muß der dem Kläger zur Seite stehende Titel als der früher entstandene angesehen werden, sein Recht auf die Forderung des A an B resp. auf die D-B'sche Streitmasse auf Höhe von 213 Thlrn. daher für das bessere gelten. —

Auf die gegen diese Entscheidung vom Verklagten und Wiederkläger erhobene Appellation trat der Appellationsrichter dem Vorrichter zwar

Digitized by Google

darin bei, daß die streitigen 213 Thlr. diejenige Partei zuerkannt erhalten müsse, deren Titel darauf der ältere sei.

„Was jedoch — heißt es in den Gründen des Appellationserkenntnisses — in dieser Hinsicht die Beweislast anlangt, so nimmt der Vorrichter an, daß Kläger nur seinen Titel und dessen Entstehungszeit zu beweisen habe und es dann Sache des Verklagten sei, darzuthun, daß ihm ebenfalls ein Titel, und zwar ein älterer zur Seite stehe. Wäre diese Annahme richtig, so würde daraus allerdings die lediglich Bestätigung des ersten Erkenntnisses folgen; indem der Entstehungstag der gerichtlichen, rekognitionsfreien Arrestverfügung vom 22. Oktober 1859 ohne Weiteres feststeht, ein geeigneter Beweis dafür aber, daß die Privat-Cession vom 2. Oktober 1859 wirklich bereits an diesem Tage ausgestellt sei, vom Verklagten nicht angetreten worden ist. Jener Annahme des ersten Richters kann indeß nicht beigetreten werden. Denn jede Partei muß die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen Thatsachen beweisen (A. G. O. Einl. § 16; I. 13 § 28). Hier gründet Kläger seinen Anspruch auf die streitige Summe nun auf die Behauptung, daß sein Titel älter als der des Verklagten sei. Mithin muß er nicht bloß die Existenz und Entstehungszeit seines eigenen Titels, sondern auch die spätere Entstehung des vom Verklagten geltend gemachten Titels nachweisen. Mit andern Worten: er hat zu beweisen, daß die Cession vom 2. Oktober 1859 nicht bereits an diesem Tage, sondern in Wahrheit erst nach dem Erlasse und — da eine nicht insinuirte Arrestverfügung dem Arrestaten gegenüber noch gar nicht existirt — nach Behändigung der Verfügung an den B, mithin nach dem 27. Oktober 1859 ausgestellt sei."

Aus diesen Gründen hatte der Appellationsrichter über diejenigen Behauptungen des Klägers, aus welchen derselbe folgerte, daß die Cession des A vom 2ten in Wahrheit erst nach dem 27. Oktober 1859 ausgestellt worden, einen umfassenden Beweis erhoben, den er indeß so weit für geführt erachtete, daß er den Kläger auf Grund desselben zu einem de ignorantia zu leistenden nothwendigen Eid über die spätere Ausstellung der vom 2. Oktober datirten Cession verstattete. Erst für den Fall der Ableistung dieses Eides entsprach er dem Antrage der Konvention und verwarf die Rekonvention.

* * *

Der Rechtssatz, von welchem der Appellationsrichter bei Aenderung des ersten Erkenntnisses ausgeht:

daß jede Partei die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen Thatsachen beweisen muß,

Digitized by Google

ist unzweifelhaft begründet; ebenso verfehlt aber die Anwendung, die davon auf den vorliegenden Fall gemacht ist.

Dieser Fall ist ein Streit um ein jus potius; ein Streit also, in welchem der beiderseitige Parteivortrag dahin gerichtet ist, das eigne Recht als besser, rechtlich stärker, wie das des Gegners, darzustellen. Dies Ziel kann der Parteivortrag nur erreichen:

1. affirmativ, durch Vortrag der das eigene Recht begründenden Thatumstände,
2. negativ, durch Bestreiten des gegnerischen Vortrags, soweit derselbe dem eigenen Recht entgegensteht;

speziell in einem Falle der hier vorliegenden Art, wo das Alter des beiderseits geltend gemachten Titels zu dem Streitgegenstand den Vorzug bedingt:

zu 1. durch Vortrag des eigenen Titels nach Existenz und Zeitpunkt der Entstehung,

zu 2. durch Bestreiten des Zeitpunkts, welchen der Gegner als den der Entstehung seines Titels geltend macht.

In dem, was der Appellationsrichter vom Kläger bewiesen verlangt: daß sein Titel älter sei als der des Verklagten, der letztere also später entstanden, als der erstere,

ist abgesehen von dem ersten der gedachten beiden Elemente des Klagevortrags — welches der Kläger beweisen muß, und durch Bezugnahme auf die Arrestverfügung vom 22. Oktober bewiesen hat — Nichts enthalten, als das andere jener beiden Elemente: das bloße Bestreiten einer Angabe des Verklagten, welche dem Kläger entgegensteht.

Denn wenn der Titel des Klägers am 22. Oktober 1859 entstanden ist, der des Verklagten aber am 2. Oktober 1859 nicht entstanden ist, so folgt daraus bei Berücksichtigung des Umstandes, daß eine andere, in die Zeit vor dem 22. Oktober fallende Entstehungszeit des Titels des Verklagten von demselben nicht behauptet ist, mit Nothwendigkeit, daß der Titel des Klägers der ältere ist.

Es ist aber klar, daß die Erklärung des Klägers, der Titel des Verklagten sei nicht am 2. Oktober 1859 entstanden, keine „zur Begründung des Klageantrags erforderliche Thatsache" ist; daß daher der Kläger die in diesem Bestreiten enthaltene Negative, nach dem vom Appellationsrichter selbst vorangestellten Satze, nicht zu beweisen hat. Ganz mit demselben Recht könnte vom Darlehnskläger der Beweis dafür gefordert werden, daß die vom Verklagten behauptete Bezahlung des Darlehns nicht erfolgt sei.

Digitized by Google

Der Verstoß des Appellationsrichters gegen die Beweistheorie erhellt ganz besonders auch aus folgenden Erwägungen:

Offenbar nämlich wäre die Klage vollständig begründet und einleitungsfähig gewesen, wenn Kläger in derselben auf den Vortrag und Nachweis *seines* Titels sich beschränkt, wenn er nur angeführt hätte, daß, und ganz dahin gestellt gelassen hätte, aus welchem Grunde Verklagter ein besseres Recht auf den Streitgegenstand geltend mache. Kläger durfte ja diesen Grund noch gar nicht kennen, ohne nichts destoweniger zu der von ihm angestellten Klage genöthigt und berechtigt zu sein. Daß Kläger den ihm zufällig bekannt gewordenen Grund, wegen dessen Verklagter sein Recht als das bessere und das des Klägers als das schwächere ansieht, anticipando schon in der Klage bestreitet und zum Ueberfluß sogar Beweis für die Unrichtigkeit dieses gegnerischen Grundes antritt, kann die Beweislast selbstverständlich nicht ändern.

Ebenso offenbar ferner wäre die Lage des Streites, wenn Verklagter zuerst — als Kläger, statt als Wiederkläger — mit seinem Anspruch auf die Streitmasse aufgetreten wäre, rechtlich ganz und gar keine andere geworden, als sie es jetzt ist. Gleichwohl hätte der Appellationsrichter dann aber sagen müssen:

> Kläger (der hier Verklagte) hat zu beweisen, daß sein Titel, die vom 2. Oktober datirte Cession, älter ist, als der des Verklagten (hier Klägers), als die Ueberweisung vom 22. Oktober;

bei rechtlich völlig gleicher Sachlage somit zu grade entgegengesetztem Schlusse gelangen müssen.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I. Tit. 10.

Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums.

(Fortsetzung und Schluß.)

II. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit.

§ 6. 1. In Betreff der deutsch-rechtlichen Grundsätze über den Erwerb des Grundeigenthums und deren Ausbildung im neueren Recht ist im Allgemeinen zu verweisen auf

Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 19—47 und System des gem. deutschen Privatrechts II. §§ 88, 89. (Vergl. auch dessen Abhandlung: „Die gerichtliche Auflassung in dem mecklenburgischen Hypothekenrecht" in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 105 ff.)

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts §§ 88, 89.

Walter, System des gem. deutschen Privatrechts §§ 127, 128.

Bluntschli, deutsches Privatrecht § 61 S. 167 f. (2. Ausg.)

Heimbach sen., in Weiske's Rechtslexicon XI S. 564—567.

Kraut, Grundriß § 110, 111.

so wie rücksichtlich des Preußischen Rechts insbesondere auf die Ausführungen

Otto Plathner's in der Jur. Wochenschrift 1847 Nr. 38, 39, 40, in der Arnsb. Jur. Monatsschrift 1855 S. 449 f., im „Geist des Preußischen Privatrechts" I. S. 417 f. und in der Abhandlung „Die Grundzüge der Preußischen Hypothekar-Verfassung und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft" (Breslau 1856) so wie

des Präs. Dr. Bornemann's in der Preußischen Gerichts-Zeitung 1860 S. 85 f., S. 89 f. und S. 105 f., desgleichen in der deutschen Gerichts-Zeitung 1861 S. 175.*)

*) Vergl. auch Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. (Berlin 1864) S. 119 Note 19.

Digitized by Google

2. Ueber das Prinzip des neueren Rechts spricht sich aus:

Bluntschli, deutsches Privatrecht § 63 (2. Ausgabe): Das neuere Recht hat einen entschiedenen Zug, die Sicherheit des Grundeigenthums von Neuem durch eine öffentliche Controle zu befestigen. Das System der öffentlichen Fertigung des Grundeigenthums mit Hülfe der Grund- und Hypothekenbücher ist die moderne Form der Eigenthumsübertragung für Grundstücke. Mit der alten Form der gerichtlichen Auflassung ist sie darin verwandt, daß sie wie jene insofern öffentlich ist, als sie die Mitwissenschaft der Gemeinde voraussetzt, somit alle heimliche, oder nur den Betheiligten bekannte Eigenthumsübertragung ausschließt, ferner darin, daß der Eigenthumsübergang nicht von dem bloßen Vertrage, noch von der Besitzübergabe abhängt, sondern von einer öffentlichen Form bedingt ist, endlich, daß dabei eine gewisse Prüfung des Falles und eine Controle der Befugnisse zur Eigenthumsübertragung geübt wird. — Sie unterscheidet sich aber von der älteren Auflassung dadurch, daß jene eine mündliche Form war, diese eine schriftliche ist, daß vormals die Sicherheit auf der Erinnerung des Gerichts und dem Zeugnisse der Gerichtsgenossen beruhte, jetzt auf der Einrichtung des Grundbuchs basirt ist, daß die Auflassung nothwendig vor dem Gericht geschehen mußte, die Fertigung möglicher Weise auch andern Behörden oder Vertrauensmännern aufgetragen sein kann.

Das Prinzip des neueren Rechts ist: Grundeigenthum kann unter Lebenden nur durch Fertigung im Grundbuch übertragen werden. Das Eigenthum geht erst durch die Fertigung in dem Grundbuche auf den Erwerber über. Als solche gilt nur die Eintragung in das Hauptbuch, nicht schon die Vormerkung des Einlaufs in dem Tagebuch. Die Fertigung in dem ersteren wird aber, wenn das Geschäft zur Eintragung reif war, gewöhnlich durch das Datum in dem letztern bestimmt und dann auch die Eigenthumsübertragung von diesem Tage an datirt. Bis dahin ist noch immer der Veräußerer Eigenthümer geblieben, auch wenn er schon den Kaufpreis erhalten und den Besitz an den Käufer übertragen hat. Was hat dieser Käufer eines Grundstücks für ein Recht daran vor der Fertigung? Eigenthum nicht, auch nicht ein in bonis, noch ein Nutzeigenthum, Besitz wohl und sogar Usucapionsbesitz insoweit noch neuere Rechte eine Ersitzung zulassen. In Folge dessen müssen ihm denn nicht bloß die Rechtsmittel gegen Besitzstörung, sondern auch eine dingliche Klage zum Schutz seiner zu Eigenthum erwachsenden Herrschaft zugestanden werden (die actio Publiciana). Aber es kann diese Klage nur gegen dritte Personen helfen, welche nicht ein grundbüchlich gefertigtes dingliches Recht an dem Grundstücke haben, denn diese Rechte gehen dem seinigen auch dann vor, wenn sie später entstanden sind, als dieses. Wenn daher der Eigenthümer A sein Grundstück zuerst an B verkauft und später an C, aber dem C nur grundbüchlich fertigen läßt, so ist C berechtigt, das Grundstück, das im Besitze des B ist, zu vindiciren. Ebenso ist B genöthigt, auch ein Pfandrecht anzuerkennen, das D von A durch Fertigung im Grundbuch auf das Grundstück erlangt hat, und kann nur von A Schadensersatz fordern. Der titulirte redliche Besitzer kann sogar gegen den Veräußerer A selbst mit Erfolg die dingliche Klage anstellen, weil der formell begründeten

Digitized by Google

exceptio dominii des A die replica doli im Wege steht und wohl aus gleichem Grunde auch gegen den unredlichen Nachfolger desselben.*)

Einzelne Particularrechte steigern die Wirkung der Fertigung im Grundbuch zur absoluten, so daß die irrthümlich geschehene Zufertigung von Seite eines Nichteigenthümers oder eines zur Veräußerung nicht befugten Eigenthümers dennoch Eigenthum wirkt. Das ist aber eine Uebertreibung des wahren Grundgedankens der Fertigung, welche nur dann zu rechtfertigen ist, wenn eine mit Androhung des Verlustes geschehene gerichtliche Aufforderung (Edictalcitation) an die Berechtigten vorhergegangen ist.

Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden vom 15. Juli 1840: Nach germanischen Rechtsprinzipien über Gewere und gerichtliche Auflassung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß im Allgemeinen in der auf Antrag der Contrahenten erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefes auch die Uebertragung des Eigenthums des verkauften Objectes an den Käufer gefunden werden muß. Danz, deutsches Privatrecht II. S. 139. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts § 144. — Es ist auch in der That, wenn man das Wesen der römischen Tradition betrachtet, welche als eine ernstliche unter Hinweisung auf die näher oder entfernter befindliche Sache abgelegte Erklärung des Besitzers, daß er dieselbe nun als Eigenthum des gegenwärtigen Mitcontrahenten betrachtet wissen wolle (§ 40 J. de rer. div. 2, 1), bekanntlich unter verschiedenen Formen geschehen kann, nicht abzusehen, wie eine solche Erklärung auf eine unzweideutigere Art abgelegt werden kann, als wenn die Contrahenten vor der zur Aufnahme solcher Acte angeordneten Behörde, in deren Sprengel das zu tradirende Immobile gelegen ist, erscheinen und auf gerichtliche Ausfertigung eines die eigenthümliche Uebertragung desselben bezweckenden Vertrages und folgeweise Transscription in dem Lagerbuche antragen.

Seuffert, Archiv I. Nr. 174.

Jenes Prinzip hat, als eine richtig erkannte Folge der Grund- und Hypothekenbuchs-Verfassung, in vielen neueren Gesetzgebungen Geltung erlangt.

Oesterreichisches bürgerliches Gesetzbuch:

§ 431. „Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation)."

---

*) Vergl. Arndts, Krit. Ueberschau V. 91 f.: Ich möchte aber dieses Besitzrecht doch nicht Naturaleigenthum nennen im Gegensatz zu dem grundbüchlich legitimirten und daher bürgerlichen Eigenthum, weil jene Bezeichnung den Grundgedanken des Einen Eigenthums spaltet und die Nothwendigkeit der Fertigung abschwächt. Dem redlichen Besitzer wird nur geholfen, nicht weil er Eigenthum hat, sondern weil er einen rechtmäßigen Anspruch auf Eigenthumserwerb hat, weil die Anlage zum Eigenthum wenn auch nicht die Wirklichkeit des Eigenthums bei ihm ist, und nicht gegen die Eigenthümer, sondern nur gegen den, der sich in dolofer Weise ihm gegenüber auf sein Eigenthum beruft.

Digitized by Google

§ 433. „Zur weiteren Uebertragung vermittelst Vertrages ist es bey Bauerngütern genug, wenn der Uebergeber und Uebernehmer, oder auch nur der Uebergeber allein, vor der Grundobrigkeit erscheint, und die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in das öffentliche Buch bewirket."

§ 434. „Wenn aber der Uebergeber nicht persönlich erscheint, und in allen, städtische oder landtäfliche Güter betreffenden Fällen, muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den Vertrag schließenden Theilen, als von zwey glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertigt werden."

§ 435. „In einer solchen Urkunde müssen die Personen, welche das Eigenthum übergeben und übernehmen, die Sache, welche übergeben werden soll, mit ihren Gränzen; die Titel der Erwerbung; ferner der Ort und die Zeit des geschlossenen Geschäftes bestimmt angemerket, und es muß von dem Uebergeber in dieser oder in einer besonderen Urkunde die Bewilligung ertheilet werden, daß der Uebernehmer als Eigenthümer einverleibt werden könne."

§ 441. „Sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist, tritt der neue Eigenthümer in den rechtmäßigen Besitz."[1]

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen:

§ 276. „Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben, ohne daß es dazu der Erwerbung des Besitzes bedarf. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus."[2]

§ 280. „Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, werden rücksichtlich ihrer Erwerbung nach den vom Eigenthum an Grundstücken geltenden Vorschriften beurtheilt."

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich:

§ 532. „Das Eigenthum an Liegenschaften geht über:
a. unter Lebenden durch kanzleiische Fertigung;[3]
b. durch Erbfolge von Todes wegen."

---

1) Der § 321 bestimmt auch, daß der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt wird.

2) Schon das K. Sächsische Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 bestimmte:
§ 2. „Das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht wird nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch nebenher zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken."
§ 4. „So lange diese Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums."
Georg Siegmann, das Königl. Sächsische Grund- und Hypothekenrecht (Leipzig 1861) S. 26 f.

3) Bluntschli in seinem Kommentar II. S. 53 bemerkt dazu: Das neuere Prinzip der Eigenthumsübertragung durch „kanzleiische Fertigung," Fertigung im Grundbuch, unterscheidet sich von dem ältern Grundsatz der mündlich vollzogenen gerichtlichen Auflassung hauptsächlich durch die schriftliche Form der Beurkundung und gewährt eben dadurch eine erhöhte Sicherheit und Klarheit für alle Rechtsverhältnisse am Boden.

Digitized by Google

§ 533. „Bloße Besitzesübertragung[1]) begründet keinen Eigenthumserwerb, ebensowenig bloßer Vertrag oder ein Vermächtniß...

§ 534. „Damit das Eigenthum durch kanzleiische Fertigung übergehe, wird erfordert:

a. daß der Urheber (Auctor) der Uebertragung selber Eigenthümer oder ermächtigt sei, über das Eigenthum eines Andern zu verfügen;

b. Handlungsfähigkeit des Uebertragenden;

c. ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, Tausch, Erbtheilung u. s. f.;

d. Eintragung dieses Rechtsgeschäftes in das Grundprotokoll."

Das Braunschweigsche Gesetz vom 19. März 1850 (Ges. und Verordn. Blatt Nr. 22) bestimmt eben so, daß Dritten gegenüber Rechte auf Eigenthum und dingliche Rechte nur durch Eintragung entstehen, und die Uebergabe zur Begründung des dinglichen Rechts nicht erforderlich sei.

Damit stimmen ferner überein:

das Nassauische Gesetz vom 15. Mai 1851,

das Coburger vom 31. März 1852,

das Schwarzburg-Sondershausensche vom 10. März 1852,

das Reussische jüngerer Linie vom 20./22. November 1858,

das Anhalt-Bernburger vom 25. August 1862,

die Mecklenburger Gesetze für die Städte

vom 22. Dezember 1829, rev. $\frac{\text{21. Dezember 1857,}}{\text{und 8. November 1839,}}$

vom 22. Februar 1838 und 6. Juli 1839,

und das Domanium vom 2. Januar 1854,

die Bremer Erb- und Handfesten-Ordnung von 1833.

Auch das Weimarsche Gesetz vom 27. Mai 1839 bestimmt § 133 und 134, daß Eigenthum an Immobilien durch gerichtliche Uebereignung und Zuschreibung im Grundbuche ohne Vorbehalt erworben wird, auch gegen nicht eingetragene Rechte Dritter, die auch nicht vorgemerkt sind, namentlich auch des Eigenthümers geschützt sei (cfr. § 295).

---

1) Bluntschli a. a. O. S. 53, 54: Das Grundeigenthum ist unter den Schutz und die Kontrole der Oeffentlichkeit gestellt. Mit einer konsequenten Durchführung des Systems der Grundbücher, welche jederzeit sichern Aufschluß über das Recht am Boden gewähren, ist die Zulassung bloßer Besitzesübergabe als einer Erwerbsform des Grundeigenthums, wie das römische Recht der spätern Zeit sie kennt, unverträglich. Wenn also A dem B ein Grundstück verkauft, B dasselbe in Besitz nimmt und den Kaufpreis bezahlt, aber die Veräußerung nicht kanzleiisch fertigen läßt, so ist A noch immer Eigenthümer und B nur redlicher und rechtmäßiger Besitzer geworden. Wenn daher A das Grundstück nachher an C verpfändet, so ist das Pfandrecht des C gültig.

Digitized by Google

Nicht minder hat das Badensche Gesetzbuch Art. 1583 die Eintragung als wesentliche Bedingung des Eigenthumserwerbes aufgestellt.[1])

Die Gesetzgebungen für Bayern vom 1. Juni 1822, Württemberg vom 15. April 1825, Großherzogthum Hessen vom 15. September 1858 und die Mecklenburger Rittergüter vom 18. Oktober 1848 halten dagegen das Prinzip des reinen Pfandbuchs fest, und haben daher keine Bestimmungen über die Uebertragung des Grundeigenthums getroffen, obwohl das Württembergische Pfandentwickelungsgesetz vom 24. März 1828,[2]) wie auch Wächter in seinen „Erörterungen aus dem Röm. Deutsch. und Württembergschen Privatrechte" (Stuttgart 1845) Heft I S. 217—245 ausführt, das Prinzig verlassen hat. Dahin geht auch der Hannöversche Entwurf vom 21. Januar 1860.[3]) — Das Meininger Gesetz vom 13. Juli 1862 läßt nach Art. 2 die Frage im Unklaren.[4])

In Preußen scheint man glücklicherweise zu einem Bruche mit der durch die neuere Rechtsentwickelung, insbesondere durch die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes — im Widerspruche mit dem deutsch-rechtlichen Systeme der Grundbücher — herrschend gewordenen Ansicht von der Nothwendigkeit der Besitzübergabe zur Erwerbung des Grundeigenthums[5]) und somit zu einer Umkehr zu

---

1) Motive zum Preußischen Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen (Berlin 1864) S. 31, 32.

Auch das Niederländische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt:

Art. 667. „Bewegliche Sachen werden entweder mit kurzer Hand oder durch körperliche Ueberlieferung oder durch Uebergabe der Schlüssel ꝛc. überliefert; unbewegliche aber werden geliefert oder aufgetragen durch Ueberschreibung des Erwerbstitels in den dazu bestimmten öffentlichen Registern." (Art. 671.)

Deutsche Gerichts-Zeitung 1864 S. 111.

2) Der Art. 15 desselben verordnet: „Wer auf den Grund des Güterbuchs und des Unterpfandbuchs in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel Eigenthum oder andere dingliche Rechte übertragende, durch die zuständige Stelle bestätigte Verträge abgeschlossen hat, ist nach Vollziehung der letzteren gegen unbekannte Ansprüche Dritter auf gleiche Weise, wie der Hypothekengläubiger, gesichert."

3) Vergl. den am 8. März 1864 der allgemeinen Ständeversammlung von Hannover vorgelegten Entwurf eines Gesetzes, das Pfandrecht- und die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse betreffend und dazu die Schrift des Dr. André: „Zur Gesetzgebung über Hypothekenwesen" Osnabrück 1864 (Deutsche Gerichts-Zeitung 1864 S. 111 f.).

4) Motive zum Preuß. Entwurf S. 32.

5) Auch Förster (Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. Berlin 1864) hält diese Ansicht noch fest, indem er a. a. O. S. 119 f.

Digitized by Google

den durch das Institut der Grund- und Hypothekenbücher gebotenen, noch in der Hypotheken-Ordnung von 1783 und den Ministerial-Rescripten vom 24. August 1784, 4. Mai 1794 und 26. Mai 1804 festgehaltenen Grundprinzipien gelangt zu sein.*) Denn der kürzlich

---

sagt: ... Die Besitzergreifung ist nothwendig für den Erwerb des Eigenthums an unbeweglichen körperlichen Sachen. Die Berichtigung des Besitztitels im Hypothekenbuch, welche nach neuerem Recht dem freien Belieben überlassen ist, ist nicht Erwerbsart, sondern bewirkt nur die Legitimation des „Besitzers," dritten Personen gegenüber giltig über das Grundstück verfügen zu können ... Der Besitz, nicht aber die Besitztitelberichtigung ist zum Eigenthumserwerb an Grundstücken nothwendig und die letztere ohne jenen gibt das Eigenthum nicht.

Desgl. S. 122: .. Bei dem Eigenthumserwerb an Grundstücken ist allein die Besitzergreifung der Modus, die Eintragung dagegen sichert und erweitert die Verfügungsrechte des Besitzers. ... Der nicht eingetragene Besitzer, wenn er wahrer Eigenthümer ist, geht dem eingetragenen Nichtbesitzer vor; der Besitz ist von stärkerer Wirkung als die Eintragung. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist nach heutigem preußischem Recht nicht zu bezweifeln, die Eintragung ist nur das Surrogat für die Erkennbarkeit des dinglichen Rechts, wo das unmittelbarste und erste Mittel, der Besitz, nicht sichtbar ist, hat also nur da, wo es sich um Rechtsbesitz handelt, ihre eigentliche Wirkung. Es kennt das Gesetz nur den eingetragenen Besitzer als vollberechtigten Eigenthümer, und verlangt ausdrücklich die Uebergabe, also die Besitzeinräumung, zum Erwerb des Eigenthums.

*) Vergl. hierüber die oben angeführten Abhandlungen Plathner's und Bornemann's. Letzterer (in der Preuß. Gerichts-Zeitung 1860 S. 106) bezeichnet als Grundgedanken des neueren Hypothekenwesens:

daß jedem Grundstücke durch die Einschreibung in das Hypothekenbuch, neben oder über seinem physischen Dasein, ein juristisches Dasein beigelegt wird.

Durch die Einschreibung in das Hypothekenbuch — so bemerkt er weiter — wird jedes eingeschriebene Grundstück zu einem in dem Hypothekenbuche wurzelnden und von demselben nicht zu trennenden juristischen Gegenstande erhoben, in welchem das Grundstück fortan in allen oder gewissen den Rechtsverkehr betreffenden Beziehungen sein Dasein hat, und welcher nunmehr in diesen Beziehungen das eigentliche Objekt des Rechtsverkehrs bildet. Nach erfolgter Einschreibung in das Hypothekenbuch tritt demnach das Grundstück in allen Beziehungen, für welche die Hypothekenbücher eingerichtet sind, in den Hintergrund, wird aber, eben weil es für den Rechtsverkehr in dem durch die Eintragung geschaffenen juristischen Gegenstande sein Dasein hat, von dem, was in Beziehung auf diesen Gegenstand Seitens der als Eigenthümer eingetragenen Person verhandelt und im Hypothekenbuche festgestellt wird, mit betroffen und nachgezogen.

Die Bestimmungen aller neueren, das Hypothekenwesen ordnenden Gesetze führen, wenn man zu dem Kern der Sache dringt, zu dieser Auffassung.

Digitized by Google

veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen (Berlin 1864) stellt die Sätze an die Spitze:

§ 1. „Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums und dinglicher Rechte an Immobilien erfordert die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch, sobald dasselbe für die zu erwerbenden oder zu belastenden Immobilien angelegt ist."

§ 3. „Die Erwerbung des Eigenthums ist von der Einräumung des Besitzes durch Uebergabe nicht bedingt, unbeschadet der gesetzlichen und vertragsmäßigen Folgen der Besitzübertragung."

§ 4. „Nur der eingetragene Eigenthümer oder Realberechtigte ist zur Vindikation und zur Verfolgung des dinglichen Rechts gegen jeden Dritten berechtigt."

Hiernach haben wir alle Aussicht, unser Hypotheken-Institut von den durch eine romanistische Auffassungsweise hineingerathenen Ungehörigkeiten befreit und in seiner ursprünglichen Reinheit wiederhergestellt zu sehen.

---

§§ 7—9.

1. Im Allgemeinen ist zu verweisen auf die Abhandlung von Roloff: „Ueber den Glauben des Hypothekenbuches nach dem Allgemeinen Land-Recht" im Arnsb. N. Archiv XV S. 421—429.

desgleichen auf die Schrift des Stadtrichters Dr. Prinz: „Der Einfluß der Hypothekenbuchs-Verfassung auf das Sachenrecht ꝛc." (Berlin 1858) S. 20—51.

Letzterer spricht sich über die Bedeutung der publica fides des Hypothekenbuchs dahin aus (S. 28—31):

> Dadurch, daß das positive Gesetz die Wirklichkeit des in dem Hypothekenbuche vermerkten Rechtszustandes in allen zu Gunsten des Dritten aufgestellten Bestimmungen gewährleistet, legt es der von dem Dritten auf den Inhalt des Hypothekenbuches gegründeten Beweisführung über die Berechtigung seines auctor die Kraft eines unumstößlichen Beweises bei. Es stellt also in jedem einzelnen Falle in Betreff des aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Rechtes des auctor eine Rechtsvermuthung zu Gunsten des Dritten auf. Diese Rechtsvermuthung ist keine bloße praesumtio juris, bei welcher nur bis zum Beweise des Gegentheiles hin ein ungewisser Umstand als gewiß angenommen wird, sondern eine praesumtio juris et de jure, weil zur Erzielung der Unumstößlichkeit des Erwerbes der Gegenbeweis über die Nichtbegründetheit des Rechts des auctor schlechtweg abgeschnitten ist. Man darf diese praesumtio juris et de jure nur nie mit dem Rechtsbegriffe der Fiction verwechseln. Die Fiction geht nicht, wie dies die Präsumtionen thun, von einem ungewissen Umstande aus, welchen die Präsumtionen zu einem gewissen erheben, sei es, daß sie den Gegenbeweis zulassen oder daß sie ihn ausschließen; die Fiction geht vielmehr von dem geraden Gegentheil dessen aus, was gewiß ist, indem sie das unwirkliche als wirklich behandelt, und dann allerdings gleich der praesumtio juris

Digitized by Google

et de jure gegen ihre Aufstellung keinen Gegenbeweis zuläßt. Man darf daher bei Beurtheilung der Rechtsfolgen der publica fides auch nicht zu der Ansicht seine Zuflucht nehmen, als fingire das positive Gesetz den derivativen Erwerb des Dritten zu einem originären; vielmehr muß man an dem derivativen Erwerbe des successor festhalten, und die Aenderung des Privatrechts lediglich in der Aufstellung einer unumstößlichen Rechtsvermuthung über die Sachlegitimation seines auctor suchen. Das Recht des auctor wird, weil es eingetragen ist, als existent präsumirt, und es kann daher von dem auctor, weil es als existent präsumirt wird, auf den Dritten übertragen werden. Der Dritte erwirbt von dem auctor das Recht, welches dieser zwar nicht hat, welches er aber zu haben scheint, ebenso sicher, wie wenn ihm das Recht in Wirklichkeit zugestanden hat. Der wahrhaft Berechtigte verliert dagegen sein Recht oder er wird in demselben mindestens soweit beschränkt, wie der auctor durch das Hypothekenbuch zur Veräußerung als legitimirt erschien, und derselbe durch diesen bloßen Schein das Recht des wahrhaft Berechtigten zu vernichten oder zu beschränken im Stande war. Dem wahrhaft Berechtigten ist wegen des Unterganges seines Rechtes in Folge der Rechtsübertragung durch einen hierzu formell Legitimirten jede dingliche Klage gegen den dritten Erwerber abgeschnitten. Die Hypothekenbuchsverfassung ändert demnach in Folge des Grundsatzes der Verläßlichkeit des Hypothekenbuches die Sachlegitimation, und stellt statt ihrer eine publicistische Legitimation auf, welche füglich als Verkehrslegitimation bezeichnet werden kann. Sie ändert damit zugleich die Grundsätze über die Gewährsleistung, weil sie zu Gunsten des Dritten die unumstößliche Rechtsvermuthung eines sicheren Gewährsmannes aufstellt, und giebt dem wahrhaft Berechtigten an Stelle seines untergegangenen Rechtes lediglich einen Schadenersatzanspruch gegen den auctor, während dem Dritten eigentlich das erworbene Recht abgesiegt werden, und ihm der Regreß gegen den auctor überlassen bleiben müßte. Die außerordentliche Gefahr, welche für den wahrhaft Berechtigten demnach darin besteht, daß er sein wegen der Nichteintragung in der Verborgenheit gebliebenes Recht durch Veräußerungshandlungen von Seiten eines Scheinberechtigten verlieren kann, nöthigt ihn indirect zu der Erwirkung der Eintragung seines Rechtes. Nur dann, wenn diese Eintragung aus Verfassungsgründen nicht sogleich ausführbar sein sollte, geht aus den an die Nichteintragung des Rechtes vom Gesetze geknüpften Folgen eine Rechtshärte gegen den wahrhaft Berechtigten hervor, und es entspringt daraus die Nothwendigkeit eines diese Unbilligkeit beseitigenden besonderen Rechtsschutzes.

Der Satz von der Unanfechtbarkeit des auf den Glauben des Hypothekenbuchs gestützten Rechtserwerbes des Dritten steht zu dem allgemeinen im § 101 der Einleitung zum A. L. R. über den derivativen Erwerb ausgesprochenen Prinzipe, daß Niemand mehr Rechte übertragen könne, als er hat, in schneidendem Widerspruche. Der gedachte § 101 stellt keineswegs eine bloße Regel sondern im Gegentheil ein wirkliches Prinzip auf; denn er ist nicht um einer bloßen Zufälligkeit halber, daß er gerade für die Mehrzahl der Fälle gilt, als Norm gegeben, sondern es liegt in ihm dergestalt eine vernünftige Nothwendigkeit, daß die An-

Digitized by Google

nahme des Gegentheiles eine Widersinnigkeit enthalten würde. Die Römer, welche den Rechtssatz nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet sowohl allgemein wie auch in der Anwendung wiederholt ausgesprochen haben, erklären die Möglichkeit der Uebertragung von mehr Rechten, als man hat, in der lex 160 § 2 Dig. de reg. juris 50. 17. geradezu für eine Absurdität. Hieraus folgt, daß die gesetzlichen Bestimmungen, welche nun einen Bruch dieses Prinzipes aussprechen, wie außerhalb des Grundverkehrs die §§ 42 f. A. L. R. I. 15, und innerhalb desselben die §§ 7 A. L. R. I. 10, 410 A. L. R. I. 20, 15 Hyp.-Nov. u. s. w., die Natur eines jus singulare haben, und daß sie als leges utilitatis causa contra juris rationem latae jede analoge Anwendung außerhalb desjenigen Rechtsgebietes, für welches sie aufgestellt sind, unstatthaft machen. Durch die Ausschließung der Analogie ist jedoch keineswegs zugleich die stricte Interpretation derselben geboten, vielmehr müssen sie innerhalb desjenigen Gebietes, für welches sie vom Gesetzgeber als Norm gegeben sind, im weitesten Umfange zur Anwendung gebracht werden.

Ferner S. 118, 119:

Die Eintragung giebt allein, und dies ist ihre wahre Bedeutung, eine Legitimation zu Verfügungen über das Eigenthumsrecht. Nach § 6 A. L. R. I. 10 muß dem Hypothekenrichter der Erwerb des Eigenthumsrechtes in öffentlich beweisenden Urkunden dargethan werden. Ist dieser Nachweis geführt, so knüpft das Gesetz zu Gunsten des Dritten an die Eintragung die unumstößliche Vermuthung des Eigenthumsrechtes für den eingetragenen Besitzer. Dieser, und nicht der wahre Eigenthümer, gilt gegenüber dem Dritten als Eigenthümer, und der letzte darf sich mit jenem in jede Verhandlung behufs Erlangung des Eigenthumes oder eines dinglichen Rechtes einlassen. Der eingetragene Besitzer ist dem Dritten ein guter Gewährsmann, doch nur so weit, wie er ihm, ohne Eigenthümer zu sein, durch Rechtsgeschäfte Eigenthumsrechte zu übertragen im Stande ist. Der Besitzer ist demnach durch die Eintragung nicht zu Veräußerungen befugt, sondern lediglich zu denselben legitimirt, und er kann dem Dritten nicht mehr Rechte übertragen, als dies beim Mangel des Eigenthumsrechtes durch Rechtshandlungen möglich ist. Die Rechtsvermuthung bezieht sich nicht auf die wesentlichen Erfordernisse des einzelnen Veräußerungsgeschäftes, sondern ganz allein auf die Legitimation zur Vornahme desselben. Der eingetragene Besitzer, der nicht Eigenthümer ist, gilt daher zwar im öffentlichrechtlichen Verhältnisse d. h. dem Dritten gegenüber als Eigenthümer; er kann aber darum z. B. doch nicht vindiciren, noch negatorisch klagen, weil beide Klagen entweder die Entziehung oder die Störung des Eigenthumsbesitzes voraussetzen, und er dieses Besitzes als Nicht-Eigenthümer entbehrt.

2. Sind unter den in den §§ 7 und 8 gedachten „Verhandlungen" nur lästige Rechtsgeschäfte zu verstehen?

Dr. Prinz bejaht diese Frage, indem er a. a. O. S. 32, 33 und S. 47 f. ausführt:

Nur vor Vermögensverlusten wird der redliche Dritte geschützt, also nicht vor Rechtsentziehungen, welche für ihn keine Minderung seines frü-

Digitized by Google

heren Vermögens enthalten. Sein Erwerb muß deshalb ein lästiger Erwerb gewesen sein, wenn ihm vom Staate die Unanfechtbarkeit verliehen werden soll. Beruhte der Erwerb auf einem lucrativen Titel, so hat der Staat kein Interesse, einen solchen Erwerb zu schützen, und es bleibt dem wahrhaft Berechtigten gegen den Beschenkten die dingliche Klage . . .

Der Verkehr hat es nur mit lästigen Rechtsgeschäften d. h. mit solchen Geschäften zu thun, bei welchen für den Erwerb des Rechts ein Aequivalent entrichtet wird. Bei den beiden wohlthätigen Rechtsgeschäften der Schenkung und des Vermächtnisses verbleibt es daher bei der Regel, daß der solchergestalt gemachte Erwerb von dem wahrhaft Berechtigten mit Erfolg angegriffen werden kann. Eine Schadensersatzklage steht ihm jedoch nicht zu, weil die causa lucrativa des Erwerbes die Redlichkeit des Dritten nicht ausschließt, sie auch der Wirkung nach der Unredlichkeit keineswegs gleichgestellt ist. Daß die lästigen Rechtsgeschäfte als Geschäfte vollständig abgeschlossen sein müssen, versteht sich von selbst; so daß die Annahmesatzungen dann nicht Platz greifen können, wann die Veräußerungs- oder die Erwerbshandlung oder beide zusammen zur Rechtsübertragung an sich ungeeignet sind.

Daß nun das positive Recht wirklich nur dann den Erfolg der Unantastbarkeit des Erwerbes eintreten läßt, wenn der Erwerb durch ein an sich zu Recht beständiges lästiges Rechtsgeschäft vermittelt ist, folgt zunächst aus dem gemeinsamen Inhalte der aufgestellten Rechtsvermuthungen. Sie ändern sämmtlich die Gewährleistungsverbindlichkeit, indem sie den auctor zu einem guten Gewährsmann stempeln. Während eigentlich dem dritten Erwerber das Recht von dem wahrhaft Berechtigten obsiegt, und ihm, dem Dritten, eine Gewährleistungsklage gegen den auctor gegeben werden müßte, bleibt diese Klage, da der auctor eben ein guter Gewährsmann ist, wegen der Unangreifbarkeit des von dem Dritten gemachten Erwerbes durch den wirklich Berechtigten, als gänzlich unmöglich, ausgeschlossen. Der wirklich Berechtigte kann die Verletzung in seinem Rechte lediglich durch eine persönliche Schadensersatzklage gegen den auctor aufheben. Wegen dieser Aenderung der Bestimmungen über die Pflicht zur Gewährsleistung können die Präsumtionen allein dann Anwendung finden, wann überhaupt eine Gewährsleistungsverbindlichkeit vorkommen kann. Dieselbe findet aber ausschließlich bei lästigen Rechtsgeschäften Statt, und darum tritt die Präsumtion der Verkehrslegitimation ebenfalls nur bei lästigen Rechtsgeschäften ein. Daß diese Folgerung wirklich richtig ist, wird schließlich durch die Wortfassung der §§ 7, 8, 10 A. L. R. I. 10, §§ 423, 425, 522 A. L. R. I. 20., § 15 Hyp.-Nov. belegt. Das Gesetz bedient sich zwar nur im § 423 A. L. R. I. 20 gerade des Wortes „lästiger Vertrag," es versteht aber unter den in den übrigen Paragraphen gebrauchten, mit einander gleichbedeutenden Ausdrücken „sich einlassen" „sich in Verhandlungen einlassen" „Verhandlungen schließen" vollständig dasselbe, wie der unmittelbare Zusammenhang des § 425 A. L. R. I. 20 mit dem § 423 A. L. R. I. 20 am nächsten darthut. Von Verhandlungen kann auch nur da die Rede sein, wo die Einigung erst aus Vorschlägen und Gegenvorschlägen, aus Gebot und Gegengebot hervorgeht, nicht aber da, wo einfach auf den Antrag hin ohne Modificationen

Digitized by Google

nur die Annahme oder Ablehnung erklärt werden kann. Der Beschenkte oder Vermächtnißnehmer verhandelt nicht mit dem Geschenkgeber oder dem Erblasser, sondern allein der lästige Vertrag wird durch Verhandlungen vermittelt.

Diese Ansicht ist nicht ohne Bedenken. Es läßt sich dagegen die ganz allgemein lautende Vorschrift des § 55 Tit. II der allgemeinen Hypotheken-Ordnung anführen:

„Derjenige, auf dessen Namen der Titulus possessionis eines Grundstückes in dem Hypotheken-Buch eingetragen stehet, ist dadurch legitimirt, über dieses Grundstück Dispositiones bei dem Hypotheken-Buche vorzunehmen."

eine Vorschrift, welcher auch die Fassung unseres § 7:

„Der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen.

vollkommen entspricht. Wo ist hier eine Beschränkung auf lästige Rechtsgeschäfte zu finden? Die wahre Bedeutung jenes Rechtssatzes, in Verbindung mit dem § 8, ist ja, wie Prinz selbst hervorhebt, die Legitimation des eingetragenen Besitzers zu allen mit einem Dritten über die Veräußerung oder Belastung des Grundstückes abgeschlossenen Rechtsgeschäften festzustellen. Diese Legitimation ist daher in allen Fällen anzuerkennen, wo ein Dritter, gleichviel, unter welchem Titel, sich von dem eingetragenen Besitzer Rechte an dem Grundstücke übertragen läßt. Daß hierbei vorzugsweise an lästige Rechtsgeschäfte gedacht ist, erscheint ganz natürlich, weil der gewöhnliche Verkehr es nur mit solchen zu thun hat. Daraus folgt aber noch nicht, daß unentgeltliche Rechtsgeschäfte, welche ein Grundstück oder die Bestellung dinglicher Rechte daran zum Gegenstande haben, von einem gleichen Schutze ausgeschlossen sind, daß also derjenige, welcher vom eingetragenen Besitzer schenkungsweise ein Grundstück oder ein dingliches Recht sich übertragen läßt,*) auf den Glauben des Hypothekenbuches sich nicht berufen darf. Auch er handelt ja insofern im Vertrauen auf das Hypothekenbuch, als dieses den unanfechtbaren Nachweis der Ermächtigung des eingetragenen Besitzers zu den vorgenommenen Dispositionen liefert — ein Beweis, den Jeder für sich in Anspruch nehmen darf, der sich im

*) Der Fall des Vermächtnisses gehört gar nicht hierher, weil dasselbe keinen mittelbaren Rechtserwerb bildet, also sich nicht sagen läßt, der Vermächtnißnehmer habe mit dem im Hypothekenbuche als Besitzer eines Grundstückes eingetragenen Erblasser „sich in Verhandlungen über das Grundstück eingelassen."

Digitized by Google

redlichen Glauben befindet. Die entgegengesetzte Ansicht führt nothwendig zu dem inneren Widerspruche, daß von zwei Personen, welche den eingetragenen Besitzer zum Auctor ihres in gutem Glauben gemachten Rechtserwerbes haben, die eine die fides publica des Hypothekenbuches für sich haben kann, die andere nicht, also der einen gegenüber der Auctor als wahrer Eigenthümer gilt, der andern gegenüber nicht, ungeachtet beide ihren Erwerb im gleichen Vertrauen auf das Hypothekenbuch gemacht haben. Der etwas unklare Satz des genannten Schriftstellers (S. 44):

> „Erst die Lästigkeit des Erwerbes ruft durch die Gefahr von Vermögensverlusten das öffentliche Interesse an der Unantastbarkeit des Erwerbes wach, und ohne sie bleibt die Redlichkeit des Dritten eine, jener stärksten Wirkung der Erwerbshandlung entbehrende, allgemeine Anforderung des Staates an alle Verkehrstreibende."

löst diesen Widerspruch nicht; denn es ist nicht abzusehen, wie die Wirksamkeit der fides publica des Hypothekenbuchs von der Art oder dem Titel des im Vertrauen auf sie gemachten Rechtserwerbes abhängig sein kann. Die Rechtssicherheit des Verkehrs, welche durch das Hypothekenbuch herbeigeführt werden soll, erfordert nothwendig die Aufrechthaltung aller im Glauben an dasselbe vorgenommenen Rechtshandlungen — ohne Unterschied zwischen s. g. onerosen und lucrativen Geschäften. Der redliche Dritte, der ein Grundstück von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzer, in Vergeltung vielfach geleisteter Dienste, sich übertragen läßt, ist wahrlich des gesetzlichen Schutzes, den ihm das Hypothekenbuch bietet, nicht minder werth, als derjenige, der vielleicht zu einem Spottpreise das Grundstück käuflich an sich gebracht hat. Will das Gesetz einmal die fides publica des Hypothekenbuchs zum Prinzip erheben, so muß es auch diesen Grundsatz in seiner ganzen Tragweite anerkennen, ohne ihn durch Einschränkungen wieder abzuschwächen. — Wenn endlich Prinz an der oben angeführten Stelle noch die Grundsätze von der Gewährleistungspflicht zur Rechtfertigung der von ihm vertheidigten Beschränkung herbeizieht, so läßt sich einfach entgegnen, daß diese Grundsätze nur das Verhältniß zwischen dem Erwerber und dem eingetragenen Besitzer berühren, während es sich hier ausschließlich um das Verhältniß zwischen dem Erwerber und dem diesen Erwerb anfechtenden Dritten handelt, wobei die Gewährleistungspflicht gar nicht in Frage kommt.

Bei alle dem soll nicht verkannt werden, daß die Ansicht des Dr. Prinz ein sehr gewichtiges Argument für sich hat, nämlich die Bestimmung des § 423 Tit. 20 Th. I des Allg. Land-Rechts:

Digitized by Google

„Insofern jedoch ein Dritter auf eine solche Forderung, nach deren Eintragung, ein Recht durch einen lästigen Vertrag erworben hat, kann der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die er demselben vorher nicht kund gethan hat, keinen Gebrauch machen.“ [1])

Eine ähnliche Vorschrift enthält das Bayersche Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 § 26.

„Der Schuldner kann die Einreden, welche er dem Gläubiger über die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekenforderung entgegensetzen konnte, wider den Dritten, der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und in gutem Glauben an sich brachte, nur alsdann gebrauchen, wenn sein Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist.“

Desgleichen das Württembergische Pfandentwickelungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 15:

„Wer auf den Grund des Güterbuchs und des Unterpfandbuchs, oder der nach Art. 58, 59 des Pfandgesetzes (vom 15. April 1825) in den dort bestimmten Fällen das Güterbuch vertretenden Urkunden, in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel, Eigenthum oder andere dingliche Rechte übertragende, durch die zuständige Stelle bestätigte Verträge abgeschlossen hat, ist nach Vollziehung der Letzteren gegen unbekannte Ansprüche Dritter auf gleiche Weise, wie der Hypothekengläubiger, gesichert.“ [2])

Dagegen hat der neueste Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen für Preußen (Berlin, 1864) jene Beschränkung auf den Rechtserwerb durch lästigen Vertrag fallen lassen und im § 25 die allgemeine Bestimmung aufgenommen:

„Dem dritten Erwerber einer Realobligation stehen Einsprüche und Einwendungen gegen den ursprünglichen Rechtsbestand und die Fortdauer derselben nur dann entgegen, wenn sie vor Erwerb derselben ihm besonders kund gethan oder durch Eintragung allgemein erkennbar gemacht worden sind. Diese Eintragung ist nur binnen 30 Tagen nach der Eintragung der Obligation statthaft. Nach Ablauf dieser Frist erlangt der redliche Erwerber einen unanfechtbaren Anspruch an das Grundstück oder die Gerechtigkeit, auf welcher die Obligation haftet.“

Zur Rechtfertigung wird in den Motiven S. 59 gesagt:

Es ist nicht zu begründen, warum der Donatar einer Hypothek unbeschränkt den Einwendungen des Realschuldners unterworfen sein solle.

---

1) Die folgenden §§ 424—426 betreffen die Vermerkung solcher Einwendungen im Hypothekenbuche.

2) Wächter, Handb. des Württemb. Privatr. II S. 386 bemerkt dazu:
Der Schutz (den das Güterbuch gewährt) bezieht sich nur auf den Fall, wenn Jemand ein dingliches Recht an einer Liegenschaft durch lästigen Vertrag, also durch einen Vertrag auf Leistung und Gegenleistung (z. B. Kauf, Tausch) auf einen Anderen zu übertragen versprochen hatte; er tritt also namentlich nicht ein bei Schenkungen, Heurathsgutsbestellungen oder erbrechtlichen Erwerbungen.

Digitized by Google

Welches Rechtsverhältniß zwischen dem Cedenten und Cessionar stattfindet, das ist auf das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner ohne Einfluß; es tritt der Cessionar einer Hypothekenforderung nicht in die persönlichen Pflichten des Cedenten. Mit Recht bemerkt der Revisor des Tit. 20 Th. I Allg. Land-Rechts, der öffentliche Glauben decke jeden Dritten, und hat daher den aufgestellten Unterschied des Erwerbs als unerheblich verworfen.

Diese Ansicht ist auch in der Königl. Sächsischen Gesetzgebung durchgedrungen.

Das Gesetz vom 6. November 1843, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, bestimmt im § 22:

„Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs bringt jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke bezieht, in Ansehung Desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtlichen Wirkungen hervor, die der Handlung, nach jenen Einträgen, angemessen sind. Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist, für sich anführen.

Wer hierdurch einen Schaden erleidet, dem bleibt bloß der persönliche Anspruch auf Schadensersatz wider Denjenigen, der hierzu nach den Gesetzen verbunden ist."

Der folgende § 23 enthält die unter 5 Nummern angeführten einzelnen Anwendungen dieses Grundsatzes.

Im Entwurfe fand sich jedoch allenthalben vor den Worten „im guten Glauben" der Beisatz: „unter lästigem Rechtstitel," welcher nothwendig zu der Schlußfolgerung führen mußte, daß demjenigen, welcher das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke unentgeltlich (titulo lucrativo) erworben habe, die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher nicht zu statten kommen solle. — Bei der ständischen Berathung des Gesetzes schlug die Deputation der ersten Kammer vor, die gedachten Beisätze aus dem Gesetze zu entfernen und dieser Vorschlag wurde, mit Zustimmung der Regierung, von der ersten Kammer einstimmig angenommen. Die Deputation der zweiten Kammer erklärte sich zwar mit Bezug auf die Bestimmungen in § 26 des Bayerischen Hypotheken- und Art. 88 des Württembergischen Pfandgesetzes für die Beibehaltung der Regierungsvorlage, welche denn auch von der zweiten Kammer gegen die Ansicht des Königl. Commissars beschlossen wurde. Bei dem stattgefundenen Vereinigungsverfahren behielt jedoch die Ansicht des Letzteren die Oberhand, welche dahin ging:

Man sei bei der Abfassung des § 22 des Entwurfes von der Ansicht geleitet worden, der Grundsatz, daß Niemand sich mit des Anderen Scha-

Digitized by Google

den bereichern solle, gebiete den Eintritt der in § 22 bezeichneten Folgen der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches an die Bedingung zu knüpfen, daß derjenige, welcher in seinem Rechte durch die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches geschützt werden solle, dieses Recht unter lästigem Rechtstitel erworben haben müsse und einen solchen Schutz nicht in Anspruch nehmen könne, wenn er das Recht nicht unter lästigem Rechtstitel erworben habe. Nichtsdestoweniger habe sich die Regierung mit der ersten Kammer dahin einverstehen zu können geglaubt, daß von jener Bedingung abgesehen werde. Man habe dabei geglaubt, es ließe sich rechtfertigen, den erwähnten Grundsatz dem Grundsatze der Oeffentlichkeit zum Opfer zu bringen; gewiß nämlich stehe der Grundsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern solle, sehr hoch, aber sehr hoch müsse auch die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches gestellt werden, vermöge deren Jeder, der ein Recht vor dem Grund- und Hypothekenbuche erworben habe und als Inhaber dieses Rechtes im Grund- und Hypothekenbuche genannt sei, gesichert sein solle in dem Besitze und Genusse dieses Rechtes gegen Anfechtungen von Seiten eines Dritten. Dieser Grundsatz sei derjenige, auf dem das Ansehen des Grund- und Hypothekenbuches, das Vertrauen zu demselben hauptsächlich beruhe, dieser Grundsatz sei aber seiner Natur nach allgemein und mache sich geltend ohne Unterschied der Art der Erwerbung eines Rechtes, ob diese eine vergeltliche oder unentgeltliche sei.

Georg Siegmann, das Königl. Sächsische Grund- und Hypothekenrecht ꝛc. (Leipzig 1861) S. 88 f.

3. Es fragt sich:

ob nur derjenige den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs für sich anrufen kann, welcher vor der von ihm vorgenommenen Handlung von dem Inhalte desselben, sei es durch Einsicht des Hypothekenbuches oder der auf dessen Grund gefertigten Hypotheken-Scheine oder Auszüge, sich Kenntniß verschafft hat.

Mit Recht wird diese Frage von G. Siegmann a. a. O. verneint, indem derselbe (S. 95, 96) bemerkt:

Es heißt ferner in § 22 (des K. Sächsischen Hypothekengesetzes): „wer im Vertrauen auf das Grund- und Hypothekenbuch und nach den vorhandenen Einträgen gehandelt hat.“ Dies ist nicht so zu verstehen, als wenn der Dritte, der sich auf die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches bezieht, dasselbe vorher eingesehen und daß er dies gethan, eintretenden Falles erweisen müsse; ein solcher Beweis ist in der Praxis m. W. nie gefordert worden. Im Vertrauen zum Grund- und Hypothekenbuche handelt auch ohne diese vorherige Einsicht Jeder, der Rechte erwerben will, die dem Eintrage unterliegen und über deren Existenz, Umfang und Inhaber das Grund- und Hypothekenbuch Aufschluß ertheilen muß. Schon dadurch, daß er dieses thut, provocirt er thatsächlich auf das Grund- und Hypothekenbuch und giebt zu

Digitized by Google

erkennen, daß er nach den in demselben befindlichen Einträgen handeln will.

4. Die Vorschriften der §§ 7—9 d. T. finden auch auf den Fall Anwendung, wenn der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer von der durch den § 52 des Anhangs zum Allg. Land-Recht und die Declaration vom 3. April 1824 ihm ertheilten Befugniß zur Cession der von ihm bezahlten Hypothekenforderung Gebrauch macht.

Dies ist in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 21. Januar 1853 (in Sachen der Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft wider Heinrich Ebert E. 167) in folgender Weise ausgeführt:

> Die Entscheidung des Appellationsrichters entspricht den Vorschriften der §§ 7—9 Tit. 10 Th. I A. L. R. und der Declaration vom 3. April 1824, so wie den in ersteren ausgesprochenen Grundsätzen:
>
> daß der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer desselben anzusehen sei, und seine Dispositionen in dieser Beziehung dem daraus berechtigten redlichen Dritten gegenüber von Niemandem — auch nicht von dem wahren, aber nicht eingetragenen Eigenthümer — angefochten werden könnten, dem letzteren vielmehr nur der Regreß gegen den eingetragenen Besitzer vorbehalten bleibe. —
>
> In Uebereinstimmung mit diesen Vorschriften und dem damit ausgesprochenen Grundprinzip der ganzen preußischen Hypotheken-Verfassung (vergl. Hypotheken-Ordnung II. §§ 55 und 56) schreibt auch der § 57 a. a. O. die Sicherheitsmaaßregel vor, durch welche sich der wahre, an der prompten Berichtigung seines Besitztitels verhinderte Eigenthümer oder neue Acquirent eines Grundstückes gegen alle nachtheiligen Dispositionen des bisherigen noch eingetragenen Besitzers zu decken im Stande sei, und die Verklagte und Implorantin würde es nur sich selbst zuzuschreiben haben, wenn sie bei Nichtanwendung dieser Maaßregel durch die Cession des hier in Rede stehenden Hypothekenkapitals von dem Vorbesitzer wirklich in Schaden versetzt sein sollte. — Nach jenen oben hervorgehobenen Grundsätzen und im Interesse der dadurch gesicherten fides hypothecaria ist aber unter dem Ausdruck Eigenthümer, den die Allerhöchste Declaration vom 3. April 1824 gebraucht, im Verhältniß zum dritten redlichen Erwerber einer durch ersteren bezahlten Hypothek unzweifelhaft der „eingetragene Besitzer" des verpfändeten Grundstücks selbst in dem Falle zu verstehen, wenn er von dem wahren Eigenthümer desselben verschieden sein sollte.
>
> Die Bestimmung im § 7 I. 10 des Allgem. Land-Rechts kommt auch für diesen Fall als eigentliche nur unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 durch Gegenbeweis zu entkräftende Rechtsvermuthung zu Geltung. Sie ist als solche an keine andern Beschränkungen geknüpft, als sie die eben erwähnten Paragraphen aufstellen, und sie muß hiernach unbeschränkt in allen Fällen zur Anwendung kommen, wo die Voraussetzungen dieser Paragraphen nicht vorliegen, und es sich im Interesse des Hypothekenverkehrs und des guten Glaubens des Hypothekenbuchs um Beantwortung der Frage handelt: „wer als Eigenthümer eines Immobile anzusehen

Digitized by Google

sei?" Es widerlegt sich hiermit die entgegengesetzte Ausführung der Implorantin, die wesentlich darauf hinausläuft, die Rechtsvermuthung des § 7 a. a. O. lediglich auf Veräußerungen, resp. Verpfändungen eines Immobile zu beschränken.

Die restriktive Auslegung der Allerhöchsten Deklaration vom 3. April 1824, wie sie die Implorantin geltend macht, wird aber auch durch die Betrachtung widerlegt, daß das erwähnte Gesetz eben nur eine Deklaration des § 52 des Anhangs zum Allgem. Landrecht sein, und als solche nur die Bedenken gegen die Annahme und den Rechtssatz beseitigen sollte: daß der Besitzer eines Grundstücks, der eine Hypothek bezahlt, auch ohne förmliche Cession des befriedigten Gläubigers darüber anderweit zu disponiren befugt sei, so lange deren Löschung im Hypothekenbuche noch nicht erfolgt ist.

Der §. 52 des Anhangs zum Allgem. Landrecht bezeichnet aber ganz allgemein den „Besitzer" des Grundstücks als das zur Abtretung einer solchen Hypothek berechtigte Subjekt. Auch er erkennt damit die in jenen Bestimmungen des Landrechts gesetzlich sanktionirte Rechtsvermuthung im Interesse des Hypothekenverkehrs und des hypothekarischen Glaubens auch für den vorliegenden Fall als maaßgebend und entscheidend an und es läßt sich nicht annehmen, daß die Allerhöchste Deklaration stillschweigend eine Aenderung in dieser Beziehung sanktionirt haben sollte, zu der sie überdies nach ihrer oben bezeichneten und klar ausgesprochenen Tendenz gar keine Veranlassung hatte.

Hiernach ist in der That kein Grund vorhanden, die Disposition des Anhangsparagraphen 52 und der Allerhöchsten Deklaration vom 3. April 1824 auf den Fall zu beschränken, wenn der wirkliche Eigenthümer gleichzeitig eingetragener Besitzer ist, und als solcher die auf das Grundstück eingetragene Hypothek bezahlt und weiter cedirt. Im Verhältniß zum neuen Acquirenten derselben und seinem redlichen Glauben genügt es, wenn der Zahlende und Cedirende zur Zeit der Zahlung und Cession auch nur als eingetragener Besitzer aus dem Hypothekenbuche konstirte.

Striethorst, Archiv B. 8 S. 239 f.

5. „Die Bemerkung auf dem Titelblatte des Hypothekenfoliums von einem Gute:

aus welchen Grundstücken das Gut „nach der Grundsteuermutterolle" bestehe,

hat nicht die Wirkung, daß die §§ 7. 8. 9. Tit. 10 Th. I A. L. R. auf die einzelnen Grundstücke Anwendung finden."

Dieses in den Entscheidungen des Ober-Tribunals B. 19 S. 484 Nr. 2207 aufgeführte, ohne Gründe mitgetheilte Präjudiz ist aus folgendem Erkenntnisse des höchsten Gerichtshofes vom 16. April 1850 (in Sachen des Bergmanns Lauterbach wider den Zimmermann Glitz G. 93) entnommen:

Die Bezugnahme auf den Inhalt des Katasters kann nur als eine Beschreibung angesehen werden, und giebt noch keine genügende Gewißheit

Digitized by Google

darüber, daß die nach dem Kataster aufgeführten Parzellen wirklich Pertinenzstücke des Kottens sind. Der Aufführung einer Parzelle unter den Pertinenzstücken einer Besitzung im Kataster legen die Gesetze nicht die Wirkung bei, daß der Besitzer dadurch die unbedingte Dispositionsbefugniß erlangt, und daß jeder Dritte, welcher von ihm sein Recht ableitet, darin geschützt werden muß, und diese Wirkung kann auch nicht der in das Hypothekenbuch aufgenommenen Bemerkung beigelegt werden, daß nach dem Kataster eine gewisse Parzelle zu der Besitzung gehöre. Denn hierin wird eben nur der Inhalt des Katasters bescheinigt, nicht aber ausgesprochen, daß, wie es bei der Berichtigung des Besitztitels geschieht, der Besitzer das Grundstück auf die darin angegebene Art erworben, resp. sich über seinen Besitz ausgewiesen hat. Die §§ 7—9 Tit. 10 Th. I. A. L. R. kommen daher dem eingetragenen Besitzer eines Kottens zwar in Beziehung auf den Kotten selbst, nicht aber in Beziehung auf die einzelnen Pertinenzstücke, welche nach dem Kataster dazu gehören sollen, zu Statten.

6. Ueber die Frage:

ob der im § 7 d. T. aufgestellte Grundsatz nicht bloß Demjenigen gegenüber gilt, der sich mit dem eingetragenen Besitzer in Verhandlungen eingelassen hat, sondern auch dem Letzteren selbst zu Statten kommt, denselben also bei der Vindicationsklage des Nachweises seines Eigenthums überhebt,

ist unsere Rechtspraxis noch schwankend. Namentlich ist in den Entscheidungen des Ober-Tribunals, die zum Theil ganz widersprechend lauten, Gleichförmigkeit zu vermissen. Es kann in dieser Hinsicht auf v. Rönne's Ergänzungen und Erläuterungen zu §§ 7 und 8 d. T. verwiesen werden.*)

---

*) Abgesehen von den a. a. O. mitgetheilten Entscheidungen, denen noch das Erkenntniß vom 4. Juli 1860 (Entscheid. B. 44 S. 338 f.) hinzuzufügen ist, sagt das Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 15. Oktober 1858 (in Sachen Eng. Böhling wider J. W. Lehmbecker B. 887):

Der Appellationsrichter hat darin Recht, daß die Eintragung des streitigen Gartens im Hypothekenbuche auf den Namen des Klägers den Kläger gegen die im Besitze des Gartens befindlichen Verklagten nicht von dem Beweise des von ihm behaupteten Eigenthums befreit, da die den § 92 Tit. II der Hyp.-Ordn. näher erläuternden §§ 7 ff. Tit. 10 Th. I. A. L. R. nur zum Behufe der von einem Dritten in gutem Glauben mit dem eingetragenen Besitzer gepflogenen Verhandlung die Fiktion aufstellen, daß dieser für den wahren Eigenthümer zu erachten sei, keineswegs das wahre Rechtsverhältniß zwischen dem eingetragenen Besitzer und dem wahren Eigenthümer ändern.

Dagegen heißt es in einem Erkenntnisse vom 12. September 1859 (in Sachen H. W. Vogelsang wider Eheleute W. Barth B. 966):

Der Appellationsrichter hat die rechtliche Vermuthung verletzt, daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer der wahre Eigenthümer sei, welche nach

Digitized by Google

Nach Württembergischen Rechte wird die Frage verneint von Wächter, Handbuch des im K. Württemberg geltenden Privatrechts II. S. 373 und Note 18:

> So wenig der Eintrag in das Güterbuch für die Rechtserwerbung an sich maaßgebend ist, so wenig ist er es im Allgemeinen für den Beweis des erworbenen Rechts; für die Existenz des Rechts des im Güterbuche als dinglich berechtigt Eingetragenen streitet im Allgemeinen keine rechtliche Vermuthung. Auf den Umstand, daß die Einträge in die Güterbücher eine sehr wichtige Bedeutung für die Sicherung Derjenigen haben, welche von dem im Güterbuche Eingetragenen dingliche Rechte an der Liegenschaft herleiten, kann man sich bei dieser Frage in keiner Weise berufen. Denn daraus, daß das Gesetz den Rechtsnachfolger des Eingetragenen besonders schützt, folgt noch nicht, daß es auch den Eingetragenen selbst schützen will, um so weniger, als die Rechtsnachfolger desselben nur in gewissen Fällen geschützt werden. Auch besteht ja der Schutz der Rechtsnachfolger in etwas ganz Anderem, als in einer bloßen einem Gegenbeweise weichenden rechtlichen Vermuthung für sein Recht und man kann daher schon deshalb aus dieser, ohnehin nicht auszudehnenden Anomalie nicht auf eine rechtliche Vermuthung für den Eingetragenen kommen.

Im bürgerl. Gesetzbuche für das K. Sachsen ist diese Streitfrage ganz angemessen dahin entschieden:

> § 302. „Ist das Eigenthum an einem Grundstücke darzuthun, so genügt der Beweis, daß der Kläger als Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragen ist."*)

während das Hypothekengesetz vom 6. November 1843 nur die allgemeiner lautende Bestimmung enthielt:

> § 5. „Als bürgerlicher Eigenthümer eines Grundstücks, so wie als Inhaber einer hypothekarischen Forderung wird jedesmal derjenige angesehen, welcher als solcher im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist."

---

der Hyp.-Ordn. Tit. II § 92 nach der Ausführung des Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom 19. Juli 1857 (Entsch. B. 36 S. 76) jedenfalls für einen Fall, wie der vorliegende, wo auch der Besitz des andern Theils von dem eingetragenen Besitzer herstammt, anerkannt werden muß.

*) In den Motiven wird zu dem entsprechenden § 313 des Entwurfs bemerkt: In § 313 ist ausgesprochen, daß es zum Beweise des Eigenthums an Grundstücken nur des Nachweises, daß der Kläger als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen sei und nicht des Beweises des Rechtsgrundes der erfolgten Eintragung bedürfe, indem der Rechtsgrund bloß als ein Erforderniß der das Eigenthum an Grundstücken bedingenden Eintragung, nicht aber als eine Thatsache, die an und für sich selbst Eigenthum gibt, zu betrachten ist. Auch versteht sich von selbst, daß, wenn nach dem Kläger ein Anderer als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen worden ist, der Beklagte hierauf, um die Wirkungslosigkeit der vom Kläger für sich angezogenen eigenen Eintragung darzuthun, im Gegenbeweise Bezug zu nehmen hat.

Digitized by Google

Der Preußische Entwurf eines Hypothekengesetzes hat keine spezielle Vorschrift über die Beweisfrage, wie das Sächsische Gesetzbuch, aufgenommen. Doch wird aus der Bestimmung des § 4:

> „Nur der eingetragene Eigenthümer oder Realberechtigte ist zur Vindication und zur Verfolgung des dinglichen Rechts gegen jeden Dritten berechtigt."

— ein Satz, der eigentlich eine sich ganz von selbst verstehende Konsequenz des Prinzipes ist, daß nur durch Eintragung Eigenthum oder dingliche Rechte an Grundstücken erworben werden können — zu folgern sein, daß, wie die Eintragung bei Grundstücken die alleinige Erwerbungsart bildet, sie auch den alleinigen, aber auch zureichenden, Beweis des Eigenthumserwerbes liefert.

---

§§ 10, 11. Vergl. Wächter, Erörterungen aus dem Röm. Deutsch. und Württembergischen Privatrechte (Stuttgart 1845) Heft 1 S. 204—211.

Dr. Prinz a. a. O. § 10 S. 34—44.

1. Ueber die Frage:

worin die Redlichkeit des auf den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches sich stützenden Erwerbers bestehe und wodurch dieselbe ausgeschlossen werde,

sprechen sich aus:

Prinz a. a. O. S. 34 f.: Der Begriff der Redlichkeit besteht in der unverschuldeten Unkenntniß eines dem Erwerbe entgegenstehenden Rechtes. Er enthält objectiv das Hinderniß eines den Erwerb an sich ausschließenden Rechtes, und subjectiv die Unkenntniß des objectiven Hindernisses als eine unverschuldete. Die Kenntniß des Hindernisses und die unverschuldete Unkenntniß desselben machen demnach den Erwerb zu einem unredlichen.

Das Recht, welches dem Erwerbe an sich als Hinderniß entgegensteht, muß in seiner Existenz gewiß und ein nicht bloß wahrscheinliches sein, wenn die Möglichkeit einer Schuld und damit zugleich die Möglichkeit einer Nichtschuld vorliegen soll. Von einer Redlichkeit oder Unredlichkeit der Erwerbshandlung kann illiquiden Rechten gegenüber nicht die Rede sein. Wegen der Zweifelhaftigkeit ihrer Begründetheit gebricht es ihnen an der Eigenschaft eines Hindernisses, und ebenso der wider sie gerichteten Erwerbshandlung an der Beschaffenheit einer rechtswidrigen Handlung . . .

Die Kenntniß des dem eigenen Erwerbe entgegenstehenden gewissen Rechtes macht die Absicht, trotz dieses Rechtes des Anderen und gerade durch seine Verletzung, selbst ein Recht erwerben zu wollen, zu einer arglistigen. Die Quelle der Kenntniß, sei es, daß sie aus dem Hypothekenbuche oder sei es, daß sie anderswoher geschöpft ist, hat für das Dasein

Digitized by Google

und die Folgen des dolus ebensowenig Bedeutung, wie das wirkliche Eingetragenstehen des entgegengesetzten Rechtes, sobald dasselbe nur, auch ohne Eintragung, als ein dingliches Recht begründet sein kann. Ganz allein dann wirkt die bloße Privatkenntniß von dem entgegenstehenden Rechte noch keine rechtswidrige Absicht, wann dessen Bekanntmachung durch die zuständige öffentliche Behörde gesetzlich vorgeschrieben ist. Sobald sich nun die scientia als dolus charakterisirt, bleibt der betrügerische Rechtserwerb des Dritten von Seiten des wahrhaft Berechtigten mit der dinglichen Klage angreifbar, und es steht dem letzteren außerdem die Klage auf Ersatz alles Schadens gegen jenen zu.

Der Redlichkeit des Erwerbes ist regelmäßig also die Unkenntniß des denselben ausschließenden feststehenden Rechtes wesentlich. Die Unkenntniß für sich allein macht aber den Erwerb noch keineswegs zu einem redlichen, sondern sie muß eine nicht zuzurechnende Unkenntniß sein, wenn sie von dem Staate mit der Wirkung der Unzerstörbarkeit des Erwerbes ausgestattet sein soll. Nur der unverschuldete Irrthum ist ein error probabilis, während der verschuldete Irrthum die Fortdauer der dinglichen Klage des wahrhaft Berechtigten ebenso wie die Verhaftung für den Schaden in dem durch den Grad der Schuld bestimmten Umfange nach sich zieht. Der Rechtsirrthum, d. h. die Unkenntniß eines Rechtssatzes oder der Rechtsfolgen desselben ist wegen der Pflicht aller Staatsangehörigen, das in ihm geltende Recht zu kennen, jederzeit unverzeihlich, und nur der faktische Irrthum, d. h. die Unkenntniß bloßer Thatsachen, kann durch den Mangel an jeder Schuld die Mißbilligung ihrer Nichtwissenschaft nebst den Folgen derselben ausschließen ...

Georg Siegmann, das Königl. Sächsische Grund- und Hypothekenrecht ꝛc. (Leipzig 1861) S. 91. f. Ein wesentliches Erforderniß für die Berechtigung eines Dritten, sich auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit zu beziehen, ist der gute Glaube. Die Redlichkeit im Geschäftsverkehre sollte den Vortheilen, welche dieses Prinzip mit sich bringt, nicht zum Opfer fallen. So einleuchtend dies im Allgemeinen ist, so schwierig kann es in einzelnen Fällen werden, die Grenze zwischen gutem und bösem Glauben, zwischen erlaubter Vorsicht oder Vigilanz und unredlichem Gebahren richtig festzustellen ...

Das Oberappellationsgericht (zu Dresden) definirt in dem in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XVII S. 170 f. abgedruckten Erkenntnisse den guten Glauben, im Sinne des Hypothekengesetzes, als den Zustand der Unkenntniß von dem wahren, im Grund- und Hypothekenbuche jedoch nicht eingetragenen Verhältnisse. Diese Definition stimmt im Wesentlichen mit der Ansicht Gönner's überein, welcher in seinem Commentar Bd. I S. 281 den Begriff des guten Glaubens durch eine Definition des bösen Glaubens fixirt, indem er sagt: im bösen Glauben sei derjenige, welcher von den wahren, im Grund- und Hypothekenbuche aber nicht eingetragenen Verhältnissen Wissenschaft habe und dieser zuwider, wenn auch nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen, dem Anderen zum Schaden handle ...

Ich halte die obige Definition, wenn man sie nur richtig versteht und anwendet, nicht für unpassend, aber auch nicht für ganz erschöpfend.

Digitized by Google

Es kommt nämlich dabei m. E. zunächst darauf an, was unter dem Zustande eines Kennens oder Nichtkennens der wahren, aus dem Grund- und Hypothekenbuche selbst nicht erkennbaren Verhältnisse zu verstehen sei. Ich bin sicherlich weit entfernt, einer irgendwie unredlichen oder arglistigen Handlungsweise das Wort reden zu wollen und halte auch nicht unbedingt ein absichtliches Handeln zum Nachtheile des Anderen für nothwendig, um die Berufung auf die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches auszuschließen; es muß aber auch andererseits berücksichtigt werden, daß die Gesetze Niemandem die Verbindlichkeit auferlegen, eine an sich rechtmäßige Verfolgung seiner Ansprüche dem Interesse fremder Personen unterzuordnen und ich glaube, Gönner in Recht, wenn er a. a. O. bemerkt, daß Klugheit und Sorgfalt in eigener Angelegenheit noch keine mala fides sei und die Regel jura vigilantibus auch von dem Grund- und Hypothekenbuche gelte. Offenbar also kann und dies scheint mir auch die citirte Entscheidung des Oberappellationsgerichts vollkommen anzuerkennen, eine mala fides nicht angenommen werden, wenn Jemand nur weiß, daß ein Dritter Ansprüche zu haben meint, deren Realisirung durch seine eigene Eintragung gehindert oder unmöglich gemacht werden würde; z. B. daß ein Zweiter über dasselbe Grundstück einen Kauf mit dem Besitzer abgeschlossen zu haben behauptet. Es gehört vielmehr dazu, daß derjenige, welchem die mala fides beigemessen werden soll, auch die subjective Ueberzeugung von der Richtigkeit des betreffenden Anspruches gehabt habe, also daß ihm solche Thatsachen in zuverlässiger Weise bekannt geworden seien, welche diese Ueberzeugung begründen oder mindestens, wie es in den allegirten Entscheidungsgründen des in dritter Instanz abgefaßten Erkenntnisses heißt: ihm vernünftiger Weise (bei Anwendung gewöhnlicher Vorsicht) einen — erheblichen Zweifel an der Berechtigung seines Mitcontrahenten (oder sonstigen auctor) erregen mußten.

In der gesetzmäßigen Verfolgung seiner Rechte darf in der Regel Niemand durch die Ansprüche Anderer an seinen auctor gehindert werden, wenn auch jene Rechtsverfolgung der Ausführung dieser Ansprüche entgegengestanden haben sollte. Sehr nahe liegt hier der näheren Betrachtung der in § 23 sub 1 als Beispiel erwähnte Fall, wenn der Besitzer eines Grundstückes dasselbe an zwei verschiedene Personen besonders verkauft und die eine derselben den Eintrag als Besitzer erlangt hat. Ist hier der eingetragene Käufer zugleich derjenige, welcher den älteren Kauf und vielleicht auch noch die außergerichtliche Uebergabe (obwohl dieselbe kein dingliches Recht mehr gewährt) für sich hat, so kann demselben ein Vorwurf einer mala fides gemacht werden, wenn er mit vollständiger Kenntniß von dem Abschlusse des zweiten, späteren Kaufes seinen Eintrag verlangt und erlangt hat. Denn er hat damit nur einen rechtmäßigen Anspruch gegen seinen Mitcontrahenten verfolgt und selbst bei einem Collisionsstreite zwischen beiden Abkäufern würde sein Rechtstitel dem Rechtstitel des zweiten Käufers prävaliren müssen. Aber auch selbst in dem Falle, wenn der eingetragene Käufer weder diese Priorität, noch die Erfüllung des Vertrages durch die Naturalübergabe für sich hätte, würde man demselben die Kenntniß von dem Abschlusse eines zweiten Kaufes

Digitized by Google

und die Vigilanz, womit er seine Eintragung erlangt, vielleicht sogar im Rechtswege erstritten hat, nicht so ohne Weiteres als dolus oder mala fides anrechnen können. Denn auch in diesem Falle hat er nur ein ihm gegen seinen Verkäufer zustehendes Recht verfolgt; dieses Recht, die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages zu verlangen, ist bei beiden Abkäufern im Verhältnisse zu ihrem Verkäufer ein gleich wirksames; die Disposition des Letzteren über das zweimal verkaufte Grundstück ist an und für sich durch den, nur persönliche Ansprüche begründenden Kaufsabschluß nicht aufgehoben und zwischen den beiden Abkäufern selbst ist kein obligatorisches Verhältniß vorhanden, vermöge dessen der Eine zu Gunsten des Anderen die Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Verkäufer aufzugeben verbunden wäre. Eine mala fides, welche subjectiv immer ein unredliches Wollen und Handeln voraussetzt, könnte hier nur unter der Voraussetzung angenommen werden, wenn der zweite Käufer auch gewußt hätte, daß der erste, besser titulirte Käufer die Erfüllung seines Kaufes von dem Verkäufer fordere und erwarte, oder wenn etwa das zweite Kaufgeschäft gleich in der Absicht, dem älteren Käufer die Verfolgung seines Rechtstitels abzuschneiden, abgeschlossen worden wäre.

Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. (Berlin 1864) S. 125: Was heißt Wissen? Das Ober-Tribunal hat ausgesprochen (Arnsb. N. Archiv B. 10 S. 19), daß, wie jedes historische Wissen mehr oder minder ein bloßes Fürwahrhalten aus Gründen der Erfahrung und des Vertrauens sei, man auch hier das als Gegenstand des Wissens annehmen müsse, für dessen Wahrheit überzeugende Gründe dieser Art vorhanden sind. Dies ist natürlich im einzelnen Falle eine aus den thatsächlichen Umständen zu beantwortende Frage. Eine durch eigene, unmittelbare Sinneswahrnehmung oder öffentlich glaubwürdige Benachrichtigung geschöpfte Kenntniß erzeugt also nicht allein das Wissen. Andererseits hat man aber auch nicht die besondere Pflicht des Nachforschens, z. B. die Grundakten noch durchzusehen, wenn das Hypothekenbuch keine Bemerkung enthält (Striethorst III S. 229, Entscheid. XXIV S. 386, Striethorst XVIII S. 255). Das Wissen ist hiernach ein s. g. historisches und besteht in der Kenntniß entweder davon, daß man sein Recht zur Sache von einem unberechtigten Urheber ableitet, oder davon, daß ein Anderer ein störendes älteres Recht zur Sache erhalten.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 30. Juni 1857 (bestätigt in der Läuterungsinstanz am 1. Mai 1858): Der Umstand allein, daß Jemand, welcher mit einem Andern einen Kauf oder sonstigen Erwerbungsvertrag über ein Grundstück abschließen will, im Allgemeinen erfährt, daß eine dritte Person sich dinglicher Rechte an diesem Grundstücke rühme, wird noch nicht ausreichen, die Annahme einer mala fides gegen ihn zu begründen, insofern weder das Grund- und Hypothekenbuch über die Existenz der Ansprüche etwas ersehen läßt, noch auch sonst Näheres über die Beschaffenheit und den Grund derselben zu seiner Kenntniß in der Maße gebracht wird, daß ihm bei gewöhnlicher Vorsicht Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Besitzes seines auctor beigehen mußte. Liegt aber für den nach gewöhnlichem Maßstabe vorsichtigen Mann in dem, was

Digitized by Google

über den Anspruch des Dritten zu seiner Wissenschaft gelangt, ein genügender Grund zu solchen Zweifeln vor, so wird das darüber Hinwegsetzen allerdings als mala fides bezeichnet werden müssen, nicht sowohl in dem Sinne als gleichbedeutend mit dolus, als vielmehr in dem negativen Sinne der Abwesenheit der bona fides, in welchem das (kgl. sächsische) Hypothekengesetz vom 6. November 1843, indem es überall das Vorhandenseyn des guten Glaubens bei demjenigen, der durch die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches geschützt seyn will, verlangt, die mala fides als Gegensatz auffaßt. Im Sinne des Hypothekengesetzes wird man „den guten Glauben" nicht füglich anders definiren können, als den Zustand der Unkenntniß von dem wahren, im Grund- und Hypothekenbuche jedoch nicht eingetragenen Verhältnisse, und obwohl, wie gedacht, dieser Zustand nicht schon als durch jedes zu Ohren gelangende Gerücht alterirt gedacht werden darf, vielmehr auf die Art und Weise der Kenntnißerlangung es ankömmt, so wird es doch als Mangel des guten Glaubens angesehen werden müssen, wenn der Handelnde das wahre Sachverhältniß unter Umständen erfährt, welche ihn aufmerksam zu machen, zur weitern Nachforschung anzuregen und, wenn sie ihn auch nicht überzeugen, doch wenigstens vernünftigerweise zu Zweifeln an der Berechtigung seines Mitcontrahenten Veranlassung zu geben geeignet sind. Dieß entspricht auch dem gemeinrechtlichen Begriffe von der bona fides, wie unter andern aus der von der vorigen Instanz selbst angezogenen const. 10 de acquir. et retin. possess. (7, 32) zu folgern ist.

Seuffert, Archiv XIII Nr. 239.

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 25. Oktober 1849 (in Sachen des Landwirthes J. P. Rüggenberg wider den Landwirth J. C. Möllenberg M. 123): Der § 10 Tit. 10 Th. I. A. L. R. kann den Zweifel erregen, ob die darin vorausgesetzte Wissenschaft im Falle der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums beides: sowohl den Titel als die Uebergabe umfassen müsse. Denn nur dadurch, daß zu dem Veräußerungstitel die Uebergabe der Sache hinzukommt, hört der eingetragene Besitzer auf, wahrer Eigenthümer zu seiu. Allein dieses Bedenken verschwindet bei näherer Erwägung. Seinem Nachfolger gegenüber hört der Veräußernde auf, wahrer Eigenthümer zu sein, sobald zu dem Titel die Uebergabe hinzukommt. Steht aber das Eigenthum im Hypothekenbuche vermerkt, so soll nach einer im Interesse Dritter vom Gesetz aufgestellten Fiktion der bisherige Besitzer so lange als Eigenthümer gelten, als er im Hypothekenbuche eingetragen bleibt. Nur die dem Dritten nachzuweisende Wissenschaft vom Gegentheil soll eine Ausnahme oder eigentlich eine Zurückkehr von der juristischen Fiktion zur Regel begründen. Bei dieser Wissenschaft kann es aber nur auf die Kenntniß von dem Titel ankommen. Denn wer es weiß, daß Jemand mit dem Eigenthümer der Sache einen zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Vertrag geschlossen hat, wird dadurch überzeugt, daß für jenen ein Recht zur Sache entstanden ist, welches durch Einräumung des Besitzes zu einem Recht auf die Sache, zum Eigenthum führt. §§ 131—135 Tit. 2 Th. I. A. L. R. Wenn er diese Wissenschaft nicht achtend, sich selbst ein dingliches Recht

Digitized by Google

an derselben Sache zu verschaffen sucht, so handelt er in bösem Glauben, begeht eine unerlaubte Handlung, aus welcher er keine Rechte überkommen kann. § 35 Tit. 3 a. a. O. Er führt, des Vorzuges eines bereits bestehenden Titels sich bewußt, dennoch eine Collision der Ansprüche herbei, und in diesem Bewußtsein kann es ihm nicht nutzen, wenn er zu seinem eigenen Titel die Erwerbungsart, welche ein dingliches Recht hervorbringt, hinzukommen läßt. Von diesem Gesichtspunkt ist auch die Gesetzgebung überall, wo es sich um die Kollision mehrerer Ansprüche an dieselbe Sache handelt, ausgegangen. So kann von mehreren Eigenthumsprätendenten derjenige, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, zum Nachtheil desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen.

§ 25 Tit. 10. Von Mehreren, welche zu derselben Sache an den Besitzer derselben ein persönliches Recht erlangt haben, schließt zwar derjenige, dessen persönliches Recht durch die Einräumung des Besitzes in ein dingliches übergegangen ist, den Andern aus; kann aber der Besitznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des Andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts nicht bedienen; vielmehr muß zwischen ihm die Frage: welchem von beiden durch die Einräumung des Besitzes ein dingliches Recht beizulegen sei, lediglich nach der Beschaffenheit ihres beiderseitigen persönlichen Rechts entschieden werden. §§ 4—6 Tit. 19. — Ebenso kann ein Käufer, der vor erhaltener Uebergabe um das persönliche Vorkaufsrecht eines Andern gewußt hat, zum Nachtheil desselben die erfolgte Uebergabe nicht vorschützen. § 630 Tit. 20.

In gleicher Art ist in Beziehung auf die Collision zwischen einem Titel zum Eigenthum und demjenigen zu einem Nutzungsrecht der Sache im § 5 Tit. 21 und endlich zwischen einem Käufer und einem Pächter oder Miether der Sache im § 359 Tit. 21 Bestimmung getroffen.

Es ist hiernach von den Gesetzen als leitender Grundsatz überall anerkannt, daß bei Kollision gleichartiger oder verschiedenartiger persönlicher Rechte, die den Erwerb eines dinglichen Rechts an einer und derselben Sache bezwecken, mala fides die Erwerbungsart des dinglichen Rechts effectlos macht, und den durch den Titel selbst begründeten Vorzug eines persönlichen Rechts unangetastet läßt. Es entscheidet demnach lediglich die Wissenschaft des Einen um den Titel des Andern, und auf die Wissenschaft, ob zugleich schon der modus acquirendi vor sich gegangen sei, kommt nichts an.

Auch wo ein Titel zum Eigenthum und ein Titel zum Hypothekenrecht collidiren, muß derselbe Grundsatz insofern Maaß geben, als es sich darum fragt, ob der Hypothekengläubiger seinen Anspruch noch gegen den neuen Eigenthumserwerber geltend machen kann, wenn gleich sich in Beziehung auf die umgekehrte Frage, ob der neue Eigenthumserwerber einen Titel zum Pfandrecht, um den er gewußt hat, der nicht erfolgten Eintragung ungeachtet, gegen sich gelten lassen muß, nicht dasselbe behaupten läßt.

Digitized by Google

2. Eine fernere Frage ist:

welcher Zeitpunkt über das Vorhandensein der Redlichkeit oder Unredlichkeit entscheidet?

Prinz a. a. O. bemerkt hierüber S. 43, 44:

> Die Redlichkeit des Dritten muß als ein wesentliches Erforderniß seines Erwerbes so lange dauern, bis er den Erwerb selbst vollendet hat. Wenn gleich dieser Rechtssatz für den auf den Glauben des Hypothekenbuches gegründeten Rechtserwerb nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so folgt derselbe doch nicht nur aus der Bedeutung der Redlichkeit als eines wesentlichen Erfordernisses gerade für den Erwerb, sondern auch aus den analog heranzuziehenden Bestimmungen über die Redlichkeit bei der erwerbenden Verjährung. Er muß vollends um so mehr für die Collision der dinglichen Rechte mit einander als gültig anerkannt werden, als er sogar schon für die Collision bloßer Titel zu dinglichen Rechten positiv aufgestellt ist.

Ferner S. 127, 128:

> Die Redlichkeit des Dritten muß in jedem Falle bis zur Vollendung des Rechtserwerbes dauern, und bis zu diesem Zeitpunkte allein hin kann eine nach bereits erfolgter Begründung des Titels eingetretene Unredlichkeit dem Dritten schaden. Hat er aber den Erwerb redlicher Weise vollendet, so ist alsdann das wahre Eigenthumsrecht insoweit beschränkt oder aufgehoben, und dem alten Eigenthümer bleibt wegen des erlittenen Rechtsverlustes allein noch die gedachte Schadloshaltungsklage. Falls daher der Dritte das Grundstück selbst von dem eingetragenen Besitzer durch lästigen Vertrag erworben haben sollte, und auch die Uebergabe bereits vollzogen ist, so hat er damit seinen Eigenthumserwerb gänzlich durchgeführt; es bleibt sich demnach gleich, ob er späterhin, namentlich noch vor der Besitztitelberichtigung auf seinen Namen, von der Unrechtmäßigkeit der Veräußerungshandlung des eingetragenen Besitzers Ueberzeugung erlangen sollte. Die Besitztitelberichtigung ist ja durchaus kein Erforderniß mehr zu der Vollendung des Eigenthumserwerbes, vielmehr hat dieselbe, wie ausgeführt ist, nur für die vollständige Ausübbarkeit des bereits erworbenen Eigenthums rechtliche Bedeutung. Selbst eine in dieser Zeit gegen den eingetragenen Besitzer noch vermerkte protestatio de non disponendo würde jeglicher Wirksamkeit entbehren, weil dieselbe kein schon verlorenes Eigenthumsrecht mehr herstellen kann, sie vielmehr nur die Gefahr des Verlustes desselben für den wahren Eigenthümer abzuwenden fähig gewesen wäre. Indem Hypothekenrechte ihrerseits erst durch die Eintragung dinglich werden, muß die Redlichkeit des Dritten bis zur erfolgten Eintragung hin gedauert haben, wenn er das Hypothekenrecht als ein durch den wahren Eigenthümer unantastbares erwerben soll.

Desgleichen Bornemann, Systemat. Darstellung des Preuß. Civilrechts II S. 125, 126 (2. Ausg.):

> Es fragt sich, ob der Erwerber eines Grundstückes, welcher zur Zeit der Entstehung seines Titels in bona fide war, darauf sich schon dann

Digitized by Google

nicht mehr berufen kann, wenn bis zur Uebergabe oder nachgesuchten Eintragung seines Besitztitels Vermerke, welche gegen das Recht seines Auctors Zweifel erregen, in das Hypothekenbuch eingetragen sind. Diese Frage ist zu Gunsten des Erwerbers zu beantworten. Hat sich derselbe beim Abschluß des Rechtsgeschäfts durch Einsicht des Hypothekenbuches die erforderliche Ueberzeugung verschafft, so hat er das Seinige gethan, und gar keine Veranlassung, bei der Uebergabe die Nachforschung zu wiederholen. Mithin können ihm die inzwischen etwa stattgefundenen Vermerke nur dann schaden, wenn dieselben ihm anderweitig bekannt geworden sind. Am wenigsten aber können dergleichen Vermerke, wenn sie nach erfolgter Uebergabe eingetragen, dem Erwerber jedoch vor der Berichtigung seines Besitztitels bekannt wurden, irgend etwas releviren, da durch die Uebergabe das Eigenthum bereits erworben ist.

Hiermit stimmt auch die Ansicht unseres Ober-Tribunals überein, indem dasselbe in einem Erkenntnisse vom 13. Juli 1852 den Rechtssatz annimmt:

> Bei der Erwerbung des Eigenthumes eines Grundstückes von dem eingetragenen Besitzer genügt der gute Glaube des Erwerbenden in dem Zeitpunkte der Konstituirung des Erwerbstitels.
>
> Striethorst, Archiv B. 5 S. 373.

wogegen ein Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden ausführt:

> Für die Beurtheilung der bona oder mala fides ist der Zeitpunkt des Eintrags des Realrechts in das Grund- und Hypothekenbuch allein maaßgebend.
>
> Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege N. F. XVII S. 458.

Diese Verschiedenheit der Entscheidung beruht in einer Verschiedenheit der gesetzlichen Feststellung des den Rechtserwerb vollendenden Momentes. Erkennt die Gesetzgebung (wie die des Königreichs Sachsen) das Prinzip an:

> „Eigenthum an Grundstücken wird nur durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben —"

so ist damit auch von selbst der Zeitpunkt der Eintragung als der Moment gegeben, nach welchem es sich bestimmt, ob der Erwerb in gutem Glauben geschehen ist.*)

Dasselbe würde daher auch für Preußen Rechtens sein, wenn der in dem neuen Entwurfe eines Hypothekengesetzes ausgesprochene Grundsatz über den an die Eintragung in das Hypothekenbuch als

*) Vergl. G. Siegmann a. a. O. S. 95.

Digitized by Google

allein anerkannten modus acquirendi geknüpften Erwerb der Immobilien zur Geltung gelangte.

3. In Ansehung der Frage:

wie der im § 11 d. T. gedachte Vermerk im Hypothekenbuche beschaffen sein muß, um den Rechtserwerb eines Dritten zu hindern,

führt Prinz S. 38 f. aus:

Nicht jeder Vermerk im Hypothenbuche schließt die Redlichkeit des dritten Erwerbers aus, vielmehr nur derjenige Vermerk, welcher an der ihm durch die schematische Einrichtung des Hypothekenbuches angewiesenen Stelle verfassungsgemäß eingetragen ist. Die Unkenntniß eines Rechtsvermerkes an einem unrichtigen Orte thut der Redlichkeit des Dritten und den Folgen dieser Redlichkeit keinen Abbruch. Daß die Hypothekenordnung einem jedem Rechte seinen besonderen Platz im Hypothekenbuche bestimmt, und dem Hypothekenrichter die Beobachtung des Schema zur Pflicht macht, ist in den §§ 33 f. Tit. I., § 111 Tit. II. und §§ 27 f. Tit. IV der Hyp.-O. ausdrücklich ausgesprochen. Dennoch darf nicht behauptet werden, daß jede Abweichung des Hypothekenrichters von diesem eigentlichsten Orte bei der Eintragung, die Annahme einer Nachlässigkeit des Dritten bei der Einsicht des Hypothekenbuches ausschließe. Es muß vielmehr bei der Beurtheilung der Frage, ob sich der Dritte bei dem Erwerbe seines Rechtes in bona oder mala fide befunden hat, auf den Zusammenhang des Titelblattes mit den Rubriken und dieser unter einander Rücksicht genommen werden . . .

Nur der mit seiner specifischen Stelle zusammenhangslose Vermerk ist ein solcher, welcher die Redlichkeit des Dritten nicht zu beseitigen im Stande ist, während der zwar an einer ungewöhnlichen Stelle aber doch im schematischen Zusammenhange mit der eigentlichen Stelle stehende Vermerk, die Redlichkeit des Dritten allerdings vernichtet. Der Dritte muß die verfassungsmäßige Einrichtung des Hypothekenbuches kennen, er muß daher wissen, daß dem Hypothekenrichter bei der Bestimmung des Platzes, durch den Zusammenhang der einzelnen Abtheilungen mit einander, ein gewisser, wenngleich nicht empfohlener so doch die Bedeutung des Vermerkes keineswegs zerstörender, Spielraum für die Auswahl der Stelle belassen ist, und wenn er hierauf bei Einsicht des Hypothekenbuches keine Rücksicht nimmt, sondern sich lediglich an den dem Rechte eigenthümlichen Platz hält, so macht er sich einer nicht zu billigenden Nachlässigkeit schuldig, deren Folgen er als unredlicher Erwerber zu tragen hat.

---

§§ 12—14.

Die in der Kabinets-Ordre vom 31. Oktober 1831 (G.-S. S. 251) als Regel ausgesprochene Suspendirung der Verpflichtung der Eigenthümer zur Berichtigung ihres Besitztitels und des offiziellen Einwirkens der Gerichte dabei ist auch in dem neuen Entwurfe eines

Digitized by Google

Gesetzes über das Hypothekenwesen (Berlin 1864) beibehalten, indem hier die Vorschrift aufgenommen ist:

§ 9. „Der Besitzer eines Immobile kann nur in den gesetzlich bestimmten Fällen auf Antrag der dazu befugten Behörden oder Privatpersonen zur Berichtigung des Besitztitels durch den Realrichter angehalten werden.

Dies gilt insbesondere auch bei Parcellirung von Grundstücken."

Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung wird in den Motiven (S. 39, 40) gesagt:

Was diejenigen Grundstücke betrifft, deren Folium noch nicht regulirt ist, so ist nicht abzusehen, Parzellirungen ausgenommen, für welche bereits der Zwang des Richters meist wiederhergestellt ist, welches Interesse der Staat hätte, die Besitzer zu zwingen, von den Vortheilen des Hypothekeninstituts Gebrauch zu machen und ohne Bedürfniß ihrerseits Kosten zu tragen, die, wenn auch vielleicht ermäßigt, doch nicht gänzlich beseitigt werden können. Wollen die Besitzer kleiner Grundstücke, und von diesen handelt es sich meist, sich mit dem Personalkredit begnügen, der dem Bedürfnisse der Grundstücke meistens genügend sein wird, und von dem Realkredit durch Bestellung von Hypotheken nicht Gebrauch machen, so hat der Staat, wo er nicht als speziell Berechtigter erscheint, keinen Grund, hier einen Zwang eintreten zu lassen, da für Steuern und andere öffentliche Leistungen das Buch-Eigenthum unerheblich ist und nur der Besitz und die öffentlichen Kataster entscheiden.

Was aber diejenigen Grundstücke anlangt, die in das Hypothekenbuch eingetragen sind, so führt das aufgestellte Grundprinzip im Interesse der neuen Erwerber von selbst dahin, die Besitztitelberichtigung nachzusuchen. Ein direkter Zwang ist auch erfahrungsmäßig nicht immer ausführbar; ehe derselbe zur Durchführung gelangt, können neue Besitzveränderungen eintreten und diese neue Maßregeln erfordern; sehr oft wird auch die Bestellung eines Beamten zur Durchführung der executio ad faciendum die Schwierigkeiten nicht beseitigen, welche oft erst durch Prozesse, Aufgebote und Präklusionsverfahren, schwierige Erblegitimationen ihre Erledigung finden könnten, wozu es oft sogar an den nothwendigen Geldmitteln fehlen wird. Schon Gönner in seinem trefflichen Kommentar zum Baierischen Hypothekengesetz hat die Unstatthaftigkeit richterlichen Zwangs von Amtswegen umständlich gezeigt, und die überzeugenden Gründe desselben sind durch die von den Revisoren des Allg. Landrechts (Pens. XIII. und III.) aufgeführten nicht widerlegt.

---

§§ 15—17. Vergl. das diese Vorschriften modificirende Gesetz vom 23. April 1821 wegen Aufhebung der Verlautbarung und Bestätigung der Verträge über unbewegliche Güter (G.-S. S. 43).

Auf den Ort des Vertragsschlusses kommt es auch nach römischem Recht nicht an.

l. 1 C. de contr. emt. (4, 38): Venditiones etsi in alio loco, quam in quo possessiones constitutae sint, fiant, non idcirco irritae esse creduntur.

Digitized by Google

Das K. Sächs. Hypothekengesetz vom 6. November 1843 bestimmt:

§ 143. „Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche der Grund- und Hypothekenbehörde bei Eintragungen in das Grund- und Hypothekenbuch oder bei Löschung im Grund- und Hypothekenbuche zur Unterlage dienen sollen, müssen die Eigenschaft öffentlicher der eidlichen Ablehnung nicht ausgesetzter Urkunden haben, daher, wenn sie von Privatpersonen ausgestellt sind, gerichtlich anerkannt sein."

G. Siegmann in seinem Commentar bemerkt dazu S. 269 f.:

Das Gesetz läßt in § 143 nur öffentliche Urkunden und gerichtlich anerkannte Privaturkunden zu. Dies gilt nicht bloß von im Inlande, sondern auch von den im Auslande ausgestellten Urkunden. Indessen ist in Bezug auf Preußen besage der Verordnung vom 11. August 1854 (Ges.- u. Verordn.-Bl. v. J. 1854, S. 160) durch eine Erweiterung des Art. 34 der Convention vom 14. Octbr./30. Novbr. 1839 Folgendes festgestellt worden: „Verträge, welche die Begründung eines dinglichen Rechtes an unbeweglichen Sachen zum Zwecke haben, richten sich nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sachen liegen. Jedoch haben im Königreiche Preußen die vor einem königl. sächsischen Gerichte abgeschlossenen oder recognoscirten Verträge dieselbe Wirksamkeit, als wenn sie vor einem königl. preußischen Gerichte abgeschlossen oder recognoscirt worden wären. Im Königreiche Sachsen aber haben die vor einem königl. preußischen Notar in Preußen nach der inländischen Gesetzgebung gültig abgeschlossenen oder recognoscirten Verträge dieselbe Wirksamkeit, als wenn sie vor einem königl. sächsischen Gerichte abgeschlossen worden wären."

---

§§ 18—20. Vergl. Roloff: Ueber den Konflict des persönlichen Rechts zur Sache mit anderen persönlichen oder dinglichen Rechten (im Arnsb. N. Archiv XV S. 430—438).

Büttner: Ueber die Collision bei mittelbarer Erwerbung des Eigenthums der Sachen und bei Erwerbung der Rechte auf fremdes Eigenthum, insbesondere der Hypothekenrechte (in dessen rechtlichen Erörterungen Heft 1, Insterburg 1854).

Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) S. 138—143.

1. Ueber die Bedeutung dieser Paragraphen und ihre Anwendung auf den darin gar nicht berührten Fall, wenn an Einen der Eigenthumsprätendenten die Besitzübergabe geschehen ist, sprechen sich aus:

a) ein Erkenntniß des vormaligen Land- und Stadt-Gerichts zu Soest vom 14. Februar 1843: Die §§ 18—20 Tit. 10 Th. 1. A. L. R. berühren schon ihren Worten nach den Fall gar nicht, wo Einer der Prätendenten bereits im Besitze sich befindet, und es kann daher, wo dies der Fall ist, eine Entscheidung aus ihnen nur im Zusammenhange mit den über die Wirkungen des Besitzes im Allg. Landrechte Th. I Tit. 7 §§ 175 ff.

Digitized by Google

getroffenen Bestimmungen entlehnt werden. Dort wird aber der Besitzer schlechthin seines Besitzes wegen gegen Jeden, der nicht Eigenthümer ist, sichergestellt, und es können darum die oben angeführten Paragraphen nur von dem Falle verstanden werden, wo noch keiner der concurrirenden Prätendenten sich im Besitze der streitigen Sache befindet, welches sich sowohl im Konkurse im eigentlichen Sinne, als überall da, wo mehrere Titulirte, mehrere zur Sache Berechtigte gegen einen Dritten ihre Ansprüche verfolgen und dabei zugleich unter sich in Collision gerathen, ereignen kann. Es reden somit jene Paragraphen nur davon, welcher der Prätendenten besser titulirt sei, nicht aber davon, daß ein bloß Titulirter von dem Besitzer die Sache, zu der er nur ein persönliches Recht hat, solle vindiciren können. Dieser Fall gehört in die Lehre von der Verfolgung der Rechte, welche das A. L. R. bekanntlich an einem andern Orte abhandelt und daselbst nur dem Eigenthümer die Vindikation zuspricht. — Der Glaube des Hypothekenbuchs schützt zwar Jeden, welcher sich auf den Grund desselben in Verhandlungen mit dem eingetragenen Besitzer einläßt. Dieser Schutz besteht aber nur darin, daß unter allen Umständen angenommen wird, der eingetragene Besitzer sei wahrer Eigenthümer. Weiter geht dieser Schutz nicht. Da nun ein mit dem wirklichen Eigenthümer abgeschlossener Kaufvertrag nur einen Titel zur Sache, und noch nicht Eigenthum gibt, so kann auch ein mit dem eingetragenen Besitzer geschlossener Kaufvertrag nicht mehr geben. Es ergibt sich hieraus, wie durchaus wichtig und unentbehrlich der Grundsatz, daß zur Erlangung des Eigenthums außer dem Titel in der Regel die Uebergabe erforderlich sei, nach der Lage der gegenwärtigen Hypothekenverfassung erscheint.

In neuerer Zeit ist zwar versucht worden, die Ansicht geltend zu machen, daß der Ankäufer, wenngleich ihm die verkaufte Sache noch nicht tradirt worden, doch wenigstens als Cessionar vel quasi die Vindicationsklage habe (Arnsb. N. Archiv III S. 560). Allein diese Ansicht ist durchaus ohne rechtliche Begründung. — Einmal setzt jede Cession wenigstens drei bestimmte Personen voraus, von denen die Eine als debitor erscheinen und mithin in einem obligatorischen Verbande zu dem Cedenten stehen muß. Die Vindication ist aber eine dingliche Klage und basirt nicht auf einer Obligation im engeren Sinne, wird auch nach gemeinem Rechte erst durch die litis contestatio oder die dolose Veräußerung der zu vindicirenden Sache in das Gebiet der obligatorischen Klage gezogen. Zudem hat jedes Geschäft seine bestimmten Grenzen, innerhalb deren es sich bewegt, seine besonderen Essentialien und Criterien. Nun hieße es aber ganz augenfällig über die Intention der Contrahenten hinausgehen, wenn man in ein Kaufgeschäft, welches eine Sache zum Gegenstande hat, eine Cession der sächlichen Klage hineinlegen wollte. Der Käufer könnte dann sofort nach Abschluß des Contractes die verkaufte Sache von jedem dritten Inhaber abfordern, in Besitz nehmen, sich dadurch den materiellen Genuß und das Eigenthum derselben verschaffen und darüber anderweit unumstößlich disponiren. Dies würde zur Folge haben, daß der Verkäufer in Gefahr gebracht würde, seine Sache zu verlieren, ohne den Kaufpreis dafür empfangen zu haben, indem ja der dritte

Digitized by Google

Besitzer, welchen der Käufer zur Herausgabe angeht, daraus keinen Einwand entnehmen könnte, um die Herausgabe zu verweigern, weil der debitor cessus wegen des in der Cession enthaltenen mandati solvendi dem Cessionar den Einwand nicht gezahlter Valuta nicht machen kann. Ja der Verkäufer selbst könnte ferner nicht vindiciren, da er die Vindicationsklage durch den Kaufcontract cedirt haben würde.

b) Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 15. August 1848: Der Appellationsrichter hat mit Unrecht auf Grund der §§ 20, 23 Tit. 10 Th. I A. L. R. angenommen, daß bei unbeweglichen Sachen der ältere Titel immer den Vorzug vor dem jüngeren behalte, wenn auch mit dem letzteren die Tradition verbunden war. Implorant hebt mit Grund hervor, daß nach §§ 19 f. der ältere Titel nur dann den Vorzug genießt, wenn damit die Uebergabe vereinigt war. Das Marginale des § 21 handelt zwar nur von beweglichen Sachen. Daß ein Gleiches aber auch bei unbeweglichen Sachen Rechtens ist, ergibt der § 25 deutlich, indem hier Eintragung neben Uebergabe erwähnt worden. Damit harmonirt auch § 7 I. 19, wonach bei der Kollision zweier persönlich Berechtigten derjenige, dessen Recht durch Besitzeinräumung in ein dingliches übergegangen ist, den Anderen ausschließt, desgleichen § 461 I. 18, welcher beim Lehen auf §§ 18 bis 25 I. 10, insbesondere auf § 23 hinweist.

Rechtsfälle B. IV S. 323—325.

c) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 16. April 1860 (in Sachen Heinrich Schweden wider Bräkel, S. 1466): Es handelt sich um die Concurrenz zweier Eigenthums-Prätendenten, welche beide ihr persönliches Recht zur Sache, ihren Titel zum Eigenthum, von demselben wahren und in das Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer ableiten. Die Grundsätze wegen einer solchen Concurrenz sind nicht im 19. Titel des ersten Theils des Allgemeinen Landrechts, welcher von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum handelt, sondern in dem von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums handelnden 10. Titel zu suchen. Collisionen zwischen dem Prätendenten eines freien Eigenthums und dem Prätendenten eines das freie Eigenthum beschränkenden oder belastenden Rechts mögen, insofern nicht nach der Natur des letzteren für dasselbe — wie z. B. für das Hypothekenrecht — besondere Grundsätze maaßgebend sind, in geeigneten Fällen nach den §§ 3—6 Titel 19 unmittelbar entschieden werden; für die Collision zwischen zwei Eigenthums-Prätendenten gelten unmittelbar die Grundsätze des 10. Titels — vergl. die Gründe des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843, Justiz-Ministerial-Blatt von 1844 S. 67 und des Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom 29. Januar 1848, Entscheidungen Bd. 16 S. 197—202. — Es ist aber von vornherein zu erwarten, daß in beiden Beziehungen, also in beiden Titeln die Grundsätze, soweit es sich um die, eine volle Wirksamkeit äußernde Erwerbung des Eigenthums den andern Prätendenten gegenüber handelt, mit einander harmoniren werden und diese Harmonie findet sich wirklich zwischen dem § 25 Tit. 10 und den §§ 5, 6 Tit. 19.

Die §§ 18—25 Tit. 10 handeln nicht von der Stärke oder Schwäche des obligatorischen Rechtes Derjenigen, welche einen Titel zum Eigenthum an einer Sache aus irgend einem Rechtsgeschäfte erlangt haben, gegen

Digitized by Google

ihren Auctor; gegen ihn haben sie alle, die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts vorausgesetzt, einen wirksamen Anspruch auf Erfüllung des Geschäfts, an deren Stelle in geeigneten Fällen Entschädigung treten kann. Die Paragraphen handeln vielmehr von der Collision der mehreren Eigenthums-Prätendenten unter einander. Sie reguliren es, wer von diesen dem Andern gegenüber berechtigt sein soll, das Eigenthum zu erwerben. Dies sollen diese unter einander nach Anleitung dieser Paragraphen ausmachen — vergl. Präjudiz 2059 vom 26. September 1848. — Indem gerade sie dazu berufen sind, darüber mit einander zu prozessiren, wer von ihnen dem Andern gegenüber das Eigenthum zu erwerben berechtigt sei oder das Eigenthum wirksam erworben habe, dreht sich dieser Streit in dem Falle, wo Beide ihren Titel von einem und demselben wahren Eigenthümer herleiten, allein darum, wer von diesem die Uebergabe — nach §§ 1—3 a. a. O. für die mittelbare Erwerbung des Eigenthums außer dem Falle eines nothwendigen gerichtlichen Verkaufes der einzige Weg — verlangen könne oder dieselbe mit Recht erlangt habe. Im letzteren Falle, wenn Einer von beiden die Uebergabe von dem wahren Eigenthümer, von welchem Beide ihren Titel herleiten, bereits erlangt hat, gestaltet sich also der Streit, den beide Prätendenten mit einander auszumachen haben, zu einem Streite über das Recht zum Besitze. Es ist daher, wenn nach den obigen Paragraphen die Collision zwischen beiden Prätendenten gegen den, welcher die Uebergabe von dem beiderseitigen Auctor erlangt hat, entschieden werden muß, der Andere von demselben die Herausgabe der Sache mit denjenigen Nutzungen, welche nach den allgemeinen Grundsätzen über die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes herauszugeben sind, zu fordern berechtigt.

Nach der thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters liegt nun zunächst zwar die Voraussetzung des § 19, neben derselben aber, wenn der von ihm dem Kläger aufgelegte Eid geleistet wird, die Voraussetzung des § 25 vor. Seine Entscheidung beruht daher auf richtigen Rechtsgrundsätzen und verletzt, wenn gleich der von ihm für diese mit angezogene § 6 Tit. 19 nicht unmittelbare Anwendung leidet, was er auch nicht gerade behauptet, keins von den in der Nichtigkeitsbeschwerde als verletzt bezeichneten Gesetzen.

d) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 20. Novtmber 1863 (in Sachen Conrad Räcker wider Wilhelm Overhoff, O. 186): Da nach der Feststellung des Appellationsrichters die streitige Parzelle einen Theil des von Klein dem Kläger verkauften Grundstücks Flur 5 Nr. 294/11 bildet, so nimmt er an, daß Kläger einen Titel zu derselben erlangt habe, und läßt dahingestellt, ob auch Verklagter einen Titel zu derselben von Klein durch seinen Kaufkontrakt erlangt habe. Da er aber feststellt, daß Kläger niemals in den Besitz derselben gekommen sei, so ist es richtig, daß Kläger nicht Eigenthümer derselben geworden ist, und daß ihm weder ein Vindikationsrecht, noch die dem vorigen Besitzer im § 161 Tit. 7 Th. I A. L. R. zugestandene, auf ein besseres Recht zum Besitze sich gründende Klage gegen den Verklagten als Besitzer zusteht. Das persönliche Recht zum Besitze, welches Jemand, der noch nie auf Grund desselben den Besitz erlangt hat, von einem Andern erworben hat, kann er aber in der

Digitized by Google

Regel gegen den dritten Besitzer nicht verfolgen; ausnahmsweise kann er es nach den §§ 18—25 Tit. 10 Th. I A. L. R. in gewissen Fällen. Diese Paragraphen legen, wie im Erkenntnisse des dritten Senats vom 26. September 1848 in Sachen des Tuchfabrikanten Haesecke wider den Gutsbesitzer Möller ausgeführt worden ist, dann, wenn zwei Eigenthums-Prätendenten ihren Titel von demselben Eigenthümer herleiten, zwar auch ein vorzügliches Gewicht darauf, wessen Recht durch Uebergabe die Dinglichkeit erlangt hat, oder in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist; aber der § 25 bestimmt: daß derjenige, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, zum Nachtheile desselben die früher erlangte Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen kann. Mit Rücksicht auf diese Bestimmung hat aus dem gedachten Erkenntnisse der dritte Senat das Präjudiz 2059 eintragen lassen:

> Derjenige, welcher nur ein persönliches Recht hat, kann dasselbe im Wege der Klage gegen den dritten Besitzer der Sache verfolgen, wenn dieser zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des Andern gekannt hat.

Auf dieses Präjudiz ist in dem in der Nichtigkeitsbeschwerde angezogenen späteren Erkenntnisse des dritten Senats vom 16. April 1860 — Archiv Bd. 37 S. 166 f. — Bezug genommen und ausdrücklich bemerkt worden, daß die Voraussetzung des § 25 vorliege. Die am Schlusse der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten Rechtsgrundsätze können so allgemein, als sie formulirt sind, nicht als richtig anerkannt werden. Ein dem vorliegenden Falle nach allen Seiten hin sehr ähnlicher, wo es, wie jetzt, an der Voraussetzung des angeführten § 25 fehlte, ist in dem Erkenntnisse des dritten Senats vom 8. September 1854 — Archiv Bd. 14 S. 234 und folg. — gleichfalls dahin entschieden worden, daß die dagegen, daß der bloße Titel dem Käufer nur ein persönliches Recht zur Sache ertheile, dessen Geltendmachung gegen den dritten Besitzer der Sache dadurch bedingt sei, daß dieser zur Zeit der Uebergabe jenes früher entstandene Recht gekannt habe, eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen worden ist.

Auch in der vorliegenden Sache hat hiernach der Appellationsrichter die §§ 1, 18—25 Tit. 10 Th. I des Allg. Land-Rechts nicht verletzt.

Vergl. dagegen die Mittheilungen aus der Sächsischen Praxis in Seuffert's Archiv XI Nr. 116:

> Wenn A dieselbe Sache zuerst dem B und darauf dem C verkauft, sodann sie letzterem gegen Zahlung oder unter Creditirung des Kaufpreises tradirt hat, so kann nach römischem Rechte B seine Forderung aus dem früheren Kaufe nicht gegen C, sondern nur zur Erlangung einer Entschädigung gegen A geltend machen.
>
> C. 15 de rei vind. (3, 32); C. 6 de hered. et act. vend. (4, 39).
>
> Anders verhält sich die Sache nach deutschem Rechte in denjenigen Ländern, wo die Erlangung des Eigenthums an Liegenschaften an die Form des „Zuschreibens," des Eintrags in ein öffentliches Buch geknüpft ist. Ungeachtet der Tradition an C kann bei dieser Einrichtung B sein besseres Recht auf das „Zuschreibenlassen" gegen A mit der Wirkung verfolgen, daß C dagegen Einspruch zu erheben nicht befugt ist, vielmehr

Digitized by Google

die Folge des erwirkten Eintrags, nämlich den Eigenthumsübergang an den B, auch gegen sich gelten lassen muß, daher die ihm tradirte Liegenschaft gegen die Vindication des B nicht behaupten kann.

Vergl. Erk. des O. A. G. zu Dresden (aus neuester Zeit) in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. Bd. 15 S. 116 f.

Im gegebenen Falle handelte es sich von Anwendung des königl. sächsischen Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, zufolge dessen das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt wird, während es zur Uebertragung des Eigenthums an dergleichen Immobilien einer Uebergabe des Besitzes nicht bedarf. Wenn hiernach (sagen die Motive) ein Eigenthum an Grundstücken, zwar bloß durch den Eintrag, aber auch durch solchen in seinem ganzen Umfange und mit allen seinen Folgen gegenüber dritten Personen erworben wird, so ist geradehin ausgeschlossen, daß die außergerichtliche Uebergabe eines Grundstücks noch gegenwärtig die rechtliche Wirkung haben sollte, welche sie nach römischem Rechte hatte, und vermöge welcher der zweite Käufer ausnahmsweise vor dem ersten Käufer thatsächlich einen Vorzug genoß ..... Nach römischem Rechte beruht der Vorzug des Käufers, welcher in den Naturalbesitz gesetzt worden ist, darin, daß der Verkäufer außer Stande sich befand, den Vertrag, den er mit einer andern Person geschlossen, durch Ueberlassung des verkauften Gegenstandes erfüllen zu können. Diese Unmöglichkeit der Erfüllung tritt nach dem Hypothekengesetze bei Immobilien nicht ein, indem der Besitz-Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche auch dann noch mit voller Wirkung erfolgen kann, wenn der Naturalbesitz sich in der Hand eines Andern befindet, und sowie hiernach der Vorzug des Naturalbesitzes überhaupt wegfällt, so würde, selbst wenn dies nicht der Fall wäre, dieser Vorzug doch nicht dahin erstreckt werden können, daß er ein Recht, den Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche zu verlangen, geben könnte.

Diese dem Institute der Grund- und Hypothekenbücher allein angemessenen Grundsätze würden von selbst auch bei uns ihre Anwendung finden, wenn das im neuen Entwurfe eines Hypothekengesetzes festgehaltene Prinzip durchdränge:

daß die mittelbare Erwerbung des Eigenthums an Immobilien durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch und nicht durch die Einräumung des Besitzes (Naturalübergabe) bedingt ist.*)

2. Es fragt sich, wie der Collisionsfall zu entscheiden ist, wenn Jemand ein fremdes Grundstück veräußert und späterhin, nachdem er

*) So bestimmt auch das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch ganz allgemein:

§ 440. „Hat der Eigenthümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen; so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat."

Digitized by Google

das Eigenthum erworben und seinen Besitztitel im Hypothekenbuche berichtigt hat, dasselbe einem Andern verkauft.

Man könnte sagen: durch den nachträglichen Eigenthumserwerb Seitens des Verkäufers sei es dahin gekommen, daß nunmehr beide Käufer den eingetragenen Eigenthümer zu ihrem Auctor haben; es müsse sonach der § 19, eventuell der § 20 d. T. zur Anwendung kommen, also der Vorzug demjenigen gegeben werden, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, eventuell demjenigen, dessen Titel zuerst entstanden ist.

Diese Entscheidung möchte jedoch mit dem im § 8 d. T. aufgestellten Grundsatze schwerlich zu vereinigen sein. Hat der zweite Käufer, ohne von der früheren Veräußerung etwas zu wissen, den Kauf abgeschlossen, so ist er durch den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches vollständig gedeckt; denn er allein ist derjenige, „welcher mit dem im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzer in Verhandlungen sich eingelassen hat," also der, „dessen Befugnisse so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer (und ein solcher war der erste Käufer jedenfalls zur Zeit des zweiten Kaufsabschlusses), als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten kann."

Es lassen sich daher auf den gedachten Fall die Grundsätze des römischen Rechts, dem das Institut der Grund- und Hypothekenbücher völlig fremd war, in keiner Art zur Anwendung bringen.

Vergl. Ulp. l. 4 § 32 D. de doli mali except. (44, 4): Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteret, adversus excipientem: „si non suus esset," replicatione utereris, ac per hoc intelligeretur, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.

(Gleichlautend Pompon. l. 2 D. de except. rei vend. 21, 3, und Ulp. l. 72 D. de r. v. 6, 1).*)

*) Joh. a Sande com. in Tit. de Reg. Jur. ad l. 33: ... Plane si ab eodem fundum uterque nostrum diversis temporibus emerit, atque ego prius ab eo non domino traditum acceperim, tu deinde ab eodem ipso jam domino per successionem, aut legatum, aut alia ratione qualibet effecto, pereleganter Julianus (ut ab Ulpiano relatum in l. 4 § 31 D. de doli except. junct. l. 72 D. de r. v.) ait aequum esse, ut me tueatur Praetor, quia et si Titius ipse fundum peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali submoveretur: ac per hoc intelligitur Titius eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis jam non habet, utpote cum statim atque ipsi dominium acquisitum fuit, mea quoque ex post facto confirmata emtio atque

Digitized by Google

III. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der beweglichen Sachen insonderheit.

§§ 21—23.

1. Ueber die Collision der Eigenthums-Prätendenten geben uns die römischen Rechtsquellen, welche für das neuere Recht, wegen des diesem eigenthümlichen Grund- und Hypothekenbuchs-Institutes, nur in Betreff beweglicher Sachen Bedeutung haben, widersprechende Entscheidungen:

Vergl. Neratius l. 31 § 2 D. de act. emti (19, 1): Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est. Sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio: is ex nobis tuendus, qui prior jus ejus apprehendit: hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset: is omnino tuendus est.

Ulp. l. 9 § 4 D. de Publ. in rem act. (6, 2): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus libro VII Dig. scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est.*)

Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipzig 1857), spricht sich über die Entscheidung dieser Collision nach römischem und nach deutschem Rechte (§ 61 S. 306—309) dahin aus:

...Haben (bei der dinglichen Klage des deutschen Rechts) beide Theile ihren Titel beigebracht, so entsteht die Frage nach dem Vorrange des

---

traditio existimetur; imo priusquam eum tibi venderet, ab eo jam dominium credatur abscessisse. Sane in proposita specie si prior ego fundum emissem, nec accepissem tamen a non domino, deinde tu ab eodem ipso jam domino effecto ex emtionis, aut alio quolibet justo titulo traditum bona fide accepisses, non me Praetor, sed te potius tueretur. Quia ipse, licet a domino comparassem, dominus effici, nisi traditione facta, non potuissem.

*) Ueber die verschiedenen Meinungen vergl. Glück, Comment. VIII S. 357 f. Roßhirt in seiner Zeitschrift I S. 237—243. v. Vangerow, Leitfaden § 335 Anm. 2b.

Dankwardt, Nationalökonomisch-civilistische Studien (Leipzig 1862) S. 44, 45 bemerkt: Ueber den Fall der Collision zweier Personen, welche beide den Besitz bona fide und ex justo titulo erworben haben, ist Streit unter den römischen Juristen. Die Meinung des Neratius (l. 31 § 2 cit.) ist sicher die richtige, indem sie das Alter des Besitzerwerbes entscheiden läßt. Sie geht davon aus, daß die conditio usucapiendi ein dingliches Rechtsverhältniß ist, analog dem Eigenthum, ad instar proprietatis — und daß derjenige, welcher bona fide und ex justo titulo eine Sache erwirbt, rücksichtlich der actio Publiciana ein jus quaesitum hat, das ihm nicht wieder entzogen werden kann.

Digitized by Google

einen vor dem andern. Leiten beide ihr Recht von demselben Auctor ab, so siegt derjenige, dem zuerst tradirt worden. Wie aber, wenn sie ihr Recht von verschiedenen Auctoren ableiten? Die Römer waren unsicher in der Behandlung dieser Frage: Neratius wollte auch hier den vorziehen, dem zuerst tradirt worden, während Julian und Ulpian sich für den gegenwärtigen Besitzer entscheiden und beide Meinungen sind in die Compilation aufgenommen. Die gemeine Meinung folgt entschieden der letzteren Regel. Baldus nahm an, der ältere Titel gehe vor, weil vermuthet werde, daß auf Seiten des älteren Titels auch der ältere Besitz sei und Menochi billigt diese Meinung. Andere wollen den titulus onerosus dem titulus lucrativus, den titulus specialis dem titulus generalis vorziehen.

Alle diese Unterscheidungen sind willkührlich. Um zu einer einfachen und sachgemäßen Entscheidung dieses so verwickelten Problems zu gelangen, müssen wir auf den Urquell der ganzen Lehre, auf das germanische Recht zurückgehen. Der Beklagte konnte sich dort durch die Einrede des Titels nicht schützen, aber er konnte sich auf seinen Geweren ziehen und den Kläger dadurch nöthigen, auch seinerseits den Geweren anzugeben, worauf dann die Geweren mit einander rechteten. Uebertragen wir den hierbei zum Grunde liegenden Gedanken auf unser heutiges Verfahren, so lautet der Grundsatz einfach dahin: der Prozeß ist so zu entscheiden, wie er entschieden sein würde, wenn nicht die gegenwärtigen Parteien sondern deren Vormänner mit einander stritten. Mit anderen Worten: an sich hat kein Titel einen Vorzug vor dem andern, sondern es siegt derjenige, dessen Vorbesitzer der ältere Besitzer gewesen. Die Lehre des Neratius und der Italiener wird in vielen Fällen hiermit übereinstimmen, weil sie nämlich — Neratius direct, die Italiener indirect — ebenfalls auf den älteren Besitz sahen, denn frühere Tradition bedingt früheren Besitz; nur dann täuscht ihre Lehre, wenn der Vorbesitzer dessen, dem später tradirt worden, einen älteren Besitz gehabt hat, als der Vorbesitzer dessen, dem früher tradirt worden. Dies ist nur denkbar unter der Voraussetzung, daß der Besitz des ersterwähnten Vorbesitzers eine Zeitlang unterbrochen gewesen ist durch den Besitz des anderen Vorbesitzers. Nach Neratius und Baldus siegt dann der Nachfolger des letzteren, weil ihm früher tradirt worden, nach dem obigen Grundsatz aber siegt der Gegner, weil sein Vorbesitzer früher besessen. Gleichwohl haben wir es weniger mit einer principiellen Verschiedenheit als mit einem unvollständig ausgebildeten Dogma bei Neratius und den Italienern zu thun. Daß der ältere Vorbesitz den Ausschlag giebt, folgt aus der allgemeinen Regel, nach welcher der jüngere Besitz dem älteren weichen muß. Hieraus ergiebt sich aber auch wieder eine Beschränkung. Beruhet nämlich der jüngere Vorbesitz wieder auf einem Titel, so steht der ältere Vorbesitz, falls er ohne Titel ist, zurück.

Es kann nun dahin kommen, daß beide Theile den Titel des Vorbesitzers u. s. f. beibringen. Das ändert jedoch nichts in der Sache, es wird stets derjenige siegen, dessen letzter Vorbesitzer der ältere ist, vorausgesetzt, daß auf beiden Seiten eine gleiche Zahl von Vorbesitzern steht; ist die Zahl ungleich, so siegt die längere Reihe, auch wenn sie in der

Digitized by Google

Zeit nicht so weit hinaufreicht, weil der jüngere titulirte Besitzer dem älteren nichttitulirten vorgeht. . .[1])

Vergl. dagegen C. G. Bruns, der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium (in Bekker's und Muther's Jahrbuch IV S. 19 f.).

. . . Die Sabinianer oder wenigstens Julian[2]) nehmen zunächst die einfache Consequenz an, daß wenn beide Parteien titulus und fides haben, keiner gegen den andern klagen kann; denn der Intention des einen „si actor b. f. emit et ei traditum est“ [3]) steht die Exception entgegen „si non etiam reus b. f. emit et ei traditum est.“ Daß dieses ein ungerechtes Durchhauen des Knotens sei, welches der Publiciana die Hälfte ihres Nutzens nehme, wie Delbrück meint, halte ich für ein völlig unbegründetes Urtheil. Julian beurtheilt vielmehr die zur Publiciana erforderliche Potiorität einfach dem Inhalte des Edictes gemäß lediglich nach dem Dasein oder Nichtdasein von titulus und fides. Ist danach keine Potiorität da, so tritt einfach der Satz „remanet suo loco possessio“ ein. Davon ist nur eine Modification nach den Grundsätzen der exc. rei vind. et traditae, wenn der Verklagte seinen Besitz von demselben Auctor hat wie der Kläger, aber durch eine spätere Tradition. Dann hat der Kläger die replica rei venditae et traditae gegen ihn, wie er sie gegen den Auctor selber auch haben würde. Die Replik ist passiv in rem, jeder spätere Successor muß die früheren Veräußerungen seines Auctors auch gegen sich gelten lassen.[4]) Selbst wenn der Auctor nach dem ersten Verkaufe das wirkliche Eigenthum erworben hätte, müßte er und ebenso der zweite Käufer die exc. und repl. vend. et trad. gegen sich gelten lassen.

Im Gegensatze zu Julian nimmt der Proculianer Neratius an,[5]) daß auch beim Kaufe von verschiedenen Nichteigenthümern der frühere Käufer dem späteren vorgehe. Wenn hier der zweite Verkäufer ein Successor des ersten war, so erklärt sich der Vorzug des früheren Käufers vor dem späteren natürlich wieder aus dem Prinzip der exc. rei vend. et trad. Für den Fall, wo dieses nicht ist, ist das Prinzip streitig. Offenbar liegt es aber in den Worten des Neratius:

— is tuendus est, qui prior jus ejus rei apprehendit, d. h. wenn Jemand einmal eine Sache mit titulus und fides erworben und damit das Recht auf die Publiciana erlangt hat, so kann ihm dieses dadurch nicht mehr verloren gehen, daß später auch ein anderer die Sache so erwirbt; die Sache kann vielmehr nur noch unbeschadet seines Rechts, oder

1) Dieser Darstellung folgt wörtlich Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XIII S. 222—224.

2) L. 9 § 4 de Publiciana.

3) Oder genauer nach Gaj. IV. 36. „Si quem hominem A. A. (bona fide) emit, et is ei traditus est, anno possedisset“ etc.

4) Exc. rei v. et tr. venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus sive in eam duntaxat rem successerint. L. 3 § 1 de exc. rei v. et tr.

5) L. 31 § 2 de a. e. v.

Digitized by Google

nur noch mit der causa, daß der erste sie einklagen kann, erworben werden. Neratius faßt also die b. f. poss. als ein festes Recht auf, was jeder b. f. possessor allen spätern Besitzern der Sache gegenüber hat, was jedoch als solches nicht übertragen werden kann, sondern in der Person eines jeden neuen Besitzers aus seinem eigenen Titel neu begründet wird. Augenscheinlich wird bei dieser Auffassung eine Idee in das Edict über die Publiciana hineingelegt, die an sich nicht darin enthalten ist, und daraus erklärt es sich, daß die Ansicht von Neratius in der späteren Zeit nicht zur herrschenden geworden ist. Ulpian erklärt sich für Julians Ansicht, und offenbar theilt auch Paulus dieselbe, da er sogar nicht einmal bei der Verpfändung von zwei verschiedenen Nichteigenthümern den Vorzug der Zeit anerkennt, sondern den factischen Besitz entscheiden läßt.[1]) Ebenso kann man auch in den Pandekten nicht zweifeln, daß Julians Ansicht als die eigentlich recipirte anzusehen ist, und die Aufnahme der Stelle von Neratius nur auf einem Versehen beruht.[2])

2. Man hat eine Unvollständigkeit unseres Landrechts darin finden wollen, daß der § 22 den Fall unberührt läßt, wenn die Prätendenten ihren Titel von verschiedenen Nichteigenthümern herleiten.[3]) Ein solcher Titel kann aber nach § 3 auch bei hinzutretender Uebergabe gar nicht zum Eigenthum führen, also auch keine Eigenthums-Prätension begründen. Es kann sich dabei lediglich um das Besitzrecht oder das Recht zum Besitze handeln — *nicht* aber um einen mittelbaren Eigenthumserwerb.[4])

3. Die Vorschrift des § 23 stimmt mit dem gemeinen Rechte und mit neueren Gesetzgebungen überein.[5])

---

1) L. 14 qui pot. in pign.

2) Bangerow, Pandekten. B. 1 § 335 S. 762. Die verschiedenen Vereinigungsversuche scheinen mir eben so unhaltbar als unnöthig.

3) Vergl. Thöne, Fundamentallehren II S. 426, 427.
Auch Heydemann, System des Preuß. Civilrechts im Grundrisse S. 58 führt einen solchen Collisionsfall auf, indem er bemerkt:
„Sind mehrere Auctoren sämmtlich Nicht-Eigenthümer, so ist dem Besitz, eventuell dem früheren Titel der Vorzug einzuräumen."

4) Joh. a. Sande com. in Tit. de reg. Jur. ad leg. 33: ... Si duo rem eandem duobus vendiderint, melior erit causa possidentis quam petentis, licet huic priori res tradita, cum uterque rem a non domino emerit. At obstat l. 31 § ult. D. de act. emt, quae hoc casu ejus conditionem potiorem esse ait, cui primum res tradita est. Respondeo: aut alter eorum possidet, aut extraneus. Priori casu, potior est causa possidentis. Posteriori, cum neuter possideat, videndum est, uter prior rem acceperit a venditore, ut ei potius restituatur, quam alteri, cui postea tradita fuit.

5) Auch die Naturrechtslehrer nehmen diesen Grundsatz an. Vergl. Hugo Grotius de jure belli ac pacis Lib. II cap. XII § XV. 2: Illud quoque sciendum, si res bis sit vendita, ex duabus venditionibus eam valituram,

Digitized by Google

l. 15 C. de rei vind. (3, 32): Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse apud Praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur . . .[1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 430. „Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwey verschiedene Personen, an Eine mit, an die Andere ohne Uebergabe veräußert; so gebühret sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften."[2])

Code civil art. 1141. „Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure proprietaire, encore que son titre soit posterieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi."[3])

---

quae in se continuit praesentem dominii translationem, sive per traditionem sive aliter. Per hanc enim facultas moralis in rem abiit a venditore: quod non fit per solam promissionem.

1) Brunnemann com. in C. ad l. cit. Nr. 1 sq.: Quando quis rem duobus vendit, aut donat, non ille potior est, cui res prius donata, sed cui prius tradita, licet nondum tradita instrumenta, si modo contractus ad transferendum dominium aptus, et bona fides adsit, et ignorantia juris alieni potioris, et ut possessionem sine vitio acquisiverit. Mev. VI. 153.

Idem com. in P. ad l. 9 de Publ. in rem act. Nr. 4 sq.: Quando ab eodem res duobus vendita est, is praefertur, cui res primum tradita, quia traditio demum transfert dominium, et sic usucapiendi conditionem et Publicianam, et si Titius mihi vendat et tradat, postea tibi vendat et tradat, mihi contra te datur actio Publ. Ratio hujus est, quia ille, qui me in priorem transtulit possessionem, jus omne quod habuit in me transtulisse videtur.

2) Unger, System des österr. allg. Privatr. I S. 624 hebt mit Recht hervor, daß im vorausgesetzten Falle eine eigentliche Collision der Rechte nicht vorhanden ist.

„Wenn ein Recht — so bemerkt er — durch sein Bestehen das Entstehen eines anderen Rechtes hindert, da sie nicht zugleich begründet sein können, kann von einer Collision der Rechte keine Rede sein, da die Collision der Rechte wirklich bestehende Rechte voraussetzt, in dem fraglichen Falle aber das Recht, welches mit dem andern schon bestehenden in Collision kommen könnte, gar nicht entstehen kann. Dies ist dann der Fall, wenn ein Recht den möglichen Inhalt in einer gewissen Richtung vollkommen erschöpft, so daß ein gleiches auf denselben Inhalt gerichtetes Recht nicht existiren kann.

. . . Wenn der Eigenthümer seine Sache zweien Personen hinter einander verkauft, so erwirbt jener, welchem sie zuerst tradirt wurde, das Eigenthum und es kann von einer Collision zwischen ihm und dem andern Käufer, dem der Verkäufer etwa später die Sache tradirt hat, keine Rede sein, da diese spätere Tradition zu einer Zeit geschieht, wo der Verkäufer das Eigenthum nicht mehr hat und daher in dieser Beziehung wirkungslos ist."

3) Vergl. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts I § 180 (5. Aufl.).

Digitized by Google

4. Das im § 23 dem Besitzer eingeräumte Vorzugsrecht kommt auch demjenigen zu Statten, der durch constitutum possessorium zum Besitz gelangt ist, wenn auch der Andere späterhin durch körperliche Uebergabe den Besitz erworben haben sollte.

Codex Fabrian. Lib. III tit. XXII def. 4: Quod jure constitutum est, ut eadem re pluribus vendita diversis temporibus potior sit in causa dominii is, cui priori tradita fuerit, ad eum quoque pertinet, qui per solam constituti clausulam possessionem nactus est, postquam placuit, ut eo quoque modo, licet fictitio, etiam vera et realis possessio transferatur, nec minus naturalis, quam civilis. Idemque juris est, si per precarium possessio translata sit: quamvis utroque casu maneat obligatus venditor ad corporalem traditionem. Ita Senatus Sabaudiae Decembr. 1588.

Brunnemann, com. in P. ad l. 18 de acq. poss. Nr. 2: Et quia per constitutum transfertur utraque possessio, ideoque si duobus quis vendidit rem, mihi primo cum constituto possessorio, et retineat rem, tibi vero postea vendat rem et realiter possessionem tradat, ego te nihilominus ero potior, quia antea possessionem naturalem habui, ut omnes DD. in hoc consentire scribit locupletissimus Tiraquellus in eleganti Tract. de const. poss. p. 1 Nr. 21 sq.

Voet, com. ad P. VI, 1 Nr. 20: .. Unde et ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distractae non is, cui priori vendita, sed cui pretio soluto vel fide de eo habita prius est tradita, admittendus est, sive vera traditio intercesserit .. sive ficta, quae per .. constitutum possessorium contingit, etiamsi naturalis defuerit translatio possessionis.

Es kann dies um so weniger einem Bedenken unterliegen, als das s. g. constitutum possessorium keineswegs, wie die älteren Rechtslehrer annehmen,[1]) bloß fingirten Besitz, sondern wirklichen, körperlichen Besitz, nämlich durch einen Stellvertreter, schafft.[2])

IV. Mangel an gutem Glauben hindert die Erlangung des Eigenthums.

§ 24. Diese Vorschrift ist nur eine Wiederholung des bereits im § 10 aufgestellten Grundsatzes. Es wird daher auf die obigen Glossen zu § 10 Bezug genommen.

---

1) Vergl. Leyser Medit. ad P. sp. 445 m. 4: Inter traditiones fictas nobilissima species est constitutum possessorium, quum scilicet is, qui hucusque rem jure dominii tenuit, declarat, se eam in posterum alterius nomine possessurum.

2) Vergl. diese „Beiträge" IV S. 489 f.

Digitized by Google

§ 25. Vergl. Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) Nr. IV. „Erklärung vom A. L. R. I. 10 §§ 18—25" S. 132 ff.

1. Der auf einer ungehörigen Anwendung des moralischen Prinzipes beruhende Rechtssatz des § 25 ist von den Redactoren unseres Landrechts keineswegs neu geschaffen, sondern der damals herrschenden älteren gemeinrechtlichen Doctrin entnommen.

So lehrt Voet, com. ad. P. VI, 1 Nr. 20:

> ... Si tamen emtor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, et possessionem ex traditione fuerit adeptus, priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem*) ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus eis prosit. Uti et in casu, quo res secundo emtori, utut in bona fide consituto, est tradita, postquam prior jam coeperat actione ex emto rem venditam persequi, eo quod litigiosa tunc esse coepit.

Entschiedener spricht sich Leyser, Medit. ad P. spec. 444, m. 3 aus, indem er den Satz aufstellt:

> **Traditio ei non prodest, qui rem, quae ei traditur, alii jam promissam esse scit.**

und zu seiner Rechtfertigung ausführt:

> Regula ante memorata, quod inter duos emtores aut donatarios is praefertur, cui prius traditio facta, tunc ex unanimi fere interpretum sententia locum non habet, quum posterior, cui tradita est res, eam jam alteri venditam aut donatam fuisse scit. Ita Brunnemann ad L. 15 C. de rei vind. N. 6 pluresque ibi allegati. Adde Bergeri

*) Ueber diese actio in factum bemerkt Koch, Anleitung zur Preuß. Prozeß-Praxis § 200 S. 901, 902: Die gemeinrechtliche Praxis hat gegen den unredlichen Erwerber ein anderes Rechtsmittel eingeführt, unter der Benennung actio revocatoria in factum (Mevius Dec. VI. 153. Wernher Obs. II. 370). Ueber den rechtlichen Charakter derselben wird keine Erklärung gegeben, auch wird nicht gesagt, was für ein Faktum der Klagegrund sein solle, denn ohne Spezialisirung eines bestimmten Faktums giebt es keine actio in factum. Wahrscheinlich hat man sich den Dolus des späteren Käufers als Klagegrund gedacht, wo denn die Anwendung der actio de dolo sachgemäßer sein würde und der innere Zusammenhang mit der actio emti so zu denken sein würde, daß der spätere Käufer durch seinen Dolus die Verbindlichkeit des Verkäufers gegen den älteren Käufer passiv übernommen hätte. Daraus würde denn folgen, was rechtlich nothwendig ist, um den älteren Käufer nicht in eine ihm gewinnbringende Lage zu setzen, daß ihm der Dritte die Einwendungen entgegensetzen könnte, mit welchen der Verkäufer sich gegen den Anspruch des älteren Käufers habe schützen können, z. B. daß derselbe das Kaufgeld noch nicht bezahlt habe. Hiernach würde, der gemeinrechtlichen Auffassung zufolge, die Klage nicht eine actio in rem sein, wie der Name revocatoria andeuten könnte, sondern eine persönliche Klage und zwar die analoge Kaufsklage mit der adjectitia qualitas „de dolo."

Digitized by Google

Supplementa ad Elect. discep. for. P. 2 p. 216. Lex clara deficit, sed aequitas hanc sententiam tuetur, et argumentum legis. Venditor nempe, qui rem jam alteri promissam iterum promittit, sine dubio fraudulenter agit. Is igitur, qui fraudem hanc novit, et tamen ex ea lucrum aucupatur, fraudis particeps, atque adeo beneficiis jurium indignus fit. Id quod in L. 10 § 3 quae in fraud. cred. constitutum est. (Es wird nun ein Responsum der Wittenberger Juristenfacultät vom Juli 1709 mitgetheilt).

Es fehlte jedoch nicht an Gegnern dieser Theorie. So verfocht Hommel, Rhaps. VI. obs. 883 den Satz:

Re duobus vendita et posteriori emtori tradita, priorem emtorem a secundario, etiamsi hic sciverit rem jam fuisse venditam, revocare posse, pragmaticorum error est. Sed ad id quod interest prior emtor adversus venditorem actionem ex emto, et adversus emtorem posteriorem fraudis conscium ex L. Aquilia actionem, eamque utilem, recte instituet.

Seinen Ausführungen tritt Glück (Erläuterung der Pandekten B. 17 S. 219) bei, indem derselbe bemerkt:

Von dem Grundsatze, daß wenn verschiedenen Personen zu verschiedenen Zeiten dieselbe Sache verkauft worden, der früher erlangte Besitz durch Uebergabe entscheide, will man eine Ausnahme machen, wenn der zweite Käufer gewußt hätte, daß die Sache schon vorher einem Andern sei verkauft worden. Allein daß der Dolus des zweiten Käufers dem ersten kein Recht gebe, die dem zweiten Käufer übergebene Sache selbst in Anspruch zu nehmen, hat schon Hommel Rhaps. VI. 883 ausgeführt.

Die richtige Ansicht ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis zur Geltung gekommen.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 28. Oktober 1836: Die bekannte Regel, daß Verträge, so lange kein dingliches Recht daraus erwachsen, nur gegen den Mitcontrahenten ein Klagerecht geben, gilt im allgemeinen auch dann, wenn der Vertrag eine bestimmte Sache betrifft und diese an den neuen Eigenthümer bereits übergegangen ist.

Fr. ult. § 1 de contrah. emt. (18, 1).

Die älteren Juristen haben zwar hierbei gewöhnlich eine Ausnahme gemacht, wenn der Dritte zur Zeit seiner Dazwischenkunft Kenntniß von dem früheren Vertrage gehabt hat, und namentlich bei dem pacto de non alienando

Wernher, obs. for. T. 3 P. 2 obs. 275.

und in dem Falle, wo dieselbe Sache Zweien pro indiviso verkauft und dem späteren Käufer bereits tradirt worden,

Leyser, med. ad Pand. spec. 444 med. 3.
Brokes, Nr. 255.

bloß wegen jener Wissenschaft ex dolo eine Klage gegen den dritten Erwerber zugelassen, und es ist nicht zu läugnen, daß dieselbe Ansicht auch

Digitized by Google

bei dem Vorkaufsrechte in dem Falle, wenn der dritte Käufer zur Zeit seines abgeschlossenen Vertrages davon Kenntniß hatte, die vorherrschende war,

Wernher, l. c. P. I obs. 131; P. II obs. 425,

Reinhardt, ad Christ. III obs. 23,

G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. I. Resp. 32 qu. 1.

während die gegentheilige Meinung nur von sehr wenigen Schriftstellern angenommen wurde.

Struve, Synt. jur. civ. Ex. 23 th. 48 in f.

Hommel, Rhapsod. VI. obs. 883 Nr. 1.

Walch, Näherrecht (Ed. 3) p. 94 Nr. 5.

Diese letztere muß aber gleichwohl für die richtige angesehen werden.

Es gebricht nämlich

1) an einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, um diese angebliche Ausnahme von jener allgemeinen Regel zu rechtfertigen; sie würde aber gewiß im Römischen Rechte nicht fehlen, wenn eine solche Ausnahme seinen Grundsätzen gemäß wäre, vielmehr läßt sich ein bedeutendes Argument gegen eine solche Ausnahme aus der in C. 15 de rei vind. (3, 32) enthaltenen Entscheidung entnehmen, wonach zwischen zweien Käufern oder Donatarien jener unbedingt den Vorzug haben soll, welchem die verkaufte oder geschenkte Sache zuerst tradirt worden, ohne dabei von dem Umstande, ob er von dem vertragsmäßigen Rechte des andern Kenntniß gehabt habe oder nicht, einen Unterschied abzuleiten.

Das von dem angeblichen dolus entlehnte Argument ist

2) schon im allgemeinen ganz unzureichend, weil es juristisch nicht als dolus angesehen werden kann, wenn jemand keine Notiz von einem Vertrage nimmt, den er nicht abgeschlossen hat, und für dessen Erfüllung zu sorgen ihm nicht obliegt. Namentlich kann aber

3) bei dem Vorkaufsrechte der Umstand allein, daß derjenige, welcher mit dem Verkäufer den Handel abschließt, von dem einem Dritten eingeräumten Vorkaufsrechte Wissenschaft gehabt hat, nicht als dolus angesehen werden, weil dadurch das Recht dieses Dritten noch keineswegs verletzt, sondern ihm vielmehr Gelegenheit zur Geltendmachung seiner Befugniß gegeben wird, und es einestheils noch ungewiß ist, ob derselbe unter den angegebenen Bedingungen von seinem Rechte Gebrauch machen will, anderntheils der Verkäufer es immer noch in seiner Gewalt hat, die Sache dem Vorkaufsberechtigten vorzugsweise zu überlassen. Es kann auch nicht etwa darin ein dolus gefunden werden, daß der dritte Käufer, wenn der Verkäufer sich freiwillig entschlossen hat, ihm die Sache vorzugsweise zu tradiren, die Ausübung des Vorkaufsrechts gegen sich nicht weiter gestatten will, weil dem Vorkaufsberechtigten gegen den Dritten nach dem Obigen überhaupt keine Forderung zusteht.

Seuffert, Archiv VII Nr. 37.

Auch die Mehrzahl der Preußischen Rechtslehrer ist über die Verwerflichkeit jenes Prinzipes einverstanden:

Gustav Lenz, Studien und Kritiken (Greifswald, 1847) S. 92 f.: Wenn ich beim Erwerb des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts weiß, daß mein Auctor nicht Eigenthümer ist, so erklärt sich der Nichtübergang des Rechts genugsam eben aus dem mangelnden Recht

Digitized by Google

meines Auctors, ohne daß wir erst nöthig hätten, in dem Vorhandensein der mala fides eine unnöthige Vermengung von Moral und Recht zur Hülfe zu nehmen.

Jedenfalls ist aber in dieser Beziehung nur ein theoretischer Streit vorhanden; es handelt sich um die Erklärung, weshalb der non Dominus nicht Rechte überträgt. Wem das noch nicht genug ist, daß der nichts geben kann, der selber nichts hat, mag immerhin auch noch die obstirende mala fides erklärend zur Hülfe nehmen.

Daß ich aber, wenn ich weiß, daß ein anderer ebenfalls einen, wenngleich vielleicht ältern Titel zur Sache hat, und ich nun dafür sorge, daß mein Titel zur Sache durch den Modus zu einem dinglichen Recht sich erhebt, dies nicht mit rechtlicher Wirkung soll thun dürfen: dies muß dem juristischen Verstande unerklärlich bleiben. Persönliches Recht stand doch nur persönlichem Recht gegenüber: warum soll ich nun nicht wachsam sein und mein gutes Recht durch den Schirm der Dinglichkeit beschützen können? Warum soll ich zaudern, das Jus vigilantibus scriptum est, für mein Theil, zu erfüllen? Die Bestimmungen des Landrechts hierüber enthalten eine Tyrannei der Billigkeit, die unerträglich ist.

Suarez ist hier, gewiß zu seinem großen Verdruß, überstimmt worden. Er sagt in der revisio monitorum:

> Wenn zwei ein persönliches Recht zu eben derselben Sache haben, und bei dem Einen noch ein durch Einräumung des Besitzes vel alio quocunque modo legali erworbenes jus reale hinzukommt, so ist das Letztere unstreitig das stärkere. Es läßt sich auch kein eigentlicher Rechtsgrund angeben, warum die Wissenschaft des einen von dem jure ad rem des andern, diesen verhindern sollte, sich ein persönliches Recht zur Sache durch Erwerbung eines dinglichen zu verstärken. Ponamus, Titius hätte versprochen, seine Uhr dem Cajus und Sempronius zu verpfänden. Sempronius benachrichtigt den Cajus von seinem Recht zur Uhr, Cajus aber dringt bei dem Schuldner auf die Uebergabe und erhält solche, sollte alsdann Cajus dem Sempronius auch zu einer Schadloshaltung verpflichtet sein?

Aber er predigte tauben Ohren. Die von ihm vertheidigte römische Ansicht, die er auch aus dem Grunde empfahl, „weil das Publicum ein Mal an sie gewöhnt sei," ging nicht durch....

Diese Billigkeitstyrannei der bona fides hängt mit dem Geiste der Zeit, in der das Landrecht entstanden, auf das innigste zusammen....

Die Zeit des Landrechts, die Zeit der Aufklärung oder des „Aufkläricht," wie sie Leos sprachschöpferischer Geiser nicht ohne Geist genannt hat, war vorzugsweise die Zeit der Moral — nicht jener erfüllten Sittlichkeit, die den Menschen zum guten Sohn, Bürger, Gatten und Vater macht, sondern jener dünnen blutlosen Moral, bei der man vor Langerweile sterben kann....

Dr. Baron a. a. O, S. 136, 137: Prüfen wir die Vorschrift des § 25 vom Standpunkte der juristischen Consequenz, so können wir uns nicht erwehren, ihn gänzlich zu verwerfen.

Digitized by Google

Denn die Gegenüberstellung der Sachen- und Obligationenrechte ist keine zufällige, sondern in der Natur des Rechtsobjects begründet. Rechtsobject oder Gegenstand der Willensherrschaft des Menschen ist die unfreie Natur oder eine fremde Person.

Ein räumlich begrenztes Stück der Natur ist die Sache; ihr ist charakteristisch, daß sie unfrei ist, daß sie keinen Willen hat und deshalb dem menschlichen Willen nicht opponiren kann; sie besitzt nur Kraft überhaupt und insbesondere Lebenskraft; die Herrschaft des Menschen über sie ist deshalb eine absolute; nur wo die Kraft oder Lebenskraft dieser Herrschaft entgegensteht, da ist die Herrschaft unmöglich, ein Sachenrecht (Eigenthum u. s. w.) undenkbar. Daher der Grundsatz, daß Luft, Meer u. s. w. res communes omnium sind, denn die Herrschaft des Einzelnen über sie ist unmöglich. Daher ferner der Grundsatz, daß wilde Thiere aus dem Eigenthum herausgehen, sobald sie die natürliche Freiheit erlangen, denn mit diesem Augenblicke ist dem Menschen die Macht über sie genommen.

Ganz anders ist das Rechtsverhältniß, dessen Object eine fremde Person ist. Die fremde Person hat Willen, hat geistige Kraft. Zwar hat es Institute gegeben, in denen auch die fremde Person absolut unterworfen ist: die Römische Sclaverei, die deutsche Leibeigenschaft. Solche Institute kennt das heutige Recht nicht mehr, sie mußten untergehen nicht bloß aus Gründen der Civilisation und Humanität, sondern weil sie eine Thatsache leugnen: die Thatsache, daß die unterworfene Person Willen und Freiheit hat. Abgesehen von diesen Instituten aber ist wohl eine Beschränkung der Freiheit einer Person möglich; die fremde Person kann sich zu einer Handlung verpflichten: immer aber bleibt die Handlung die freie That des Individuum; will also der Verpflichtete nicht handeln, so kann er dazu nicht gezwungen werden; das Gesetz kann nur Nachtheile für ihn aufstellen für den Fall, daß er nicht handelt. Fassen wir das Gesagte concreter: der obligirte Schuldner kann dolus, culpa, mora sich zu Schulden kommen lassen, er kann die versprochene Sache verzehren, vernichten; das Gesetz beeinflußt ihn mittelbar durch Personalarrest, läßt Execution in sein Vermögen vollstrecken; zur Handlung selbst kann es ihn nicht zwingen; es liegt dies nicht in seiner Macht, weil der Schuldner einen Willen hat. Der Gläubiger hat zuletzt immer bloß eine Forderung auf sein Interesse.

Hieraus folgt, daß es in der Macht des Schuldners liegt, die bereits versprochene Sache einem Andern von Neuem zu versprechen. Der erste Gläubiger erlangt hierdurch das Recht, sein Interesse zu liquidiren; gegen den zweiten Gläubiger erlangt er keinen Anspruch. Der zweite Gläubiger hat nur von der trotz der ersten Obligation fortbestehenden Willensfreiheit des Schuldners Gebrauch gemacht, wenn er sich eine Sache versprechen und tradiren ließ. Vom juristischen Standpunkt aus muß er hierdurch Eigenthum erwerben, und zwar, ohne mit einer Obligation gegenüber dem ersten Gläubiger belastet zu werden.

Bornemann setzt entgegen die Consequenz der Sittlichkeit. Nun läßt sich schon darüber streiten, ob aus der bloßen Wissenschaft eine Unsittlichkeit gefolgert werden kann; kann doch z. B. der zweite Gläubiger

Digitized by Google

vom Schuldner die Versicherung empfangen haben, daß der erste Gläubiger von seinem Rechte zur Sache keinen Gebrauch machen wolle. Allein wie dem auch sei: wählt man den Standpunkt der Sittlichkeit, so hat die Frage ihr specifisch juridisches Interesse verloren. Nur erlauben wir uns darauf aufmerksam zu machen, daß die stetige Rücksicht auf Redlichkeit u. s. w. eine der Grundursachen ist, warum unserm Gesetzbuch so häufig die Consequenz und strenge Logik mangelt. Fast sind wir geneigt, in vielen Fällen die Folgerichtigkeit des juristischen Gedankens festzuhalten, selbst auf die Gefahr hin, uns einem Tadel der Sittenlehrer auszusetzen.

Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts I. (Berlin 1864) S. 125: Die Einmischung der Moral auf dieses Rechtsgebiet ist ungehörig. Wer sein dingliches Recht von einer Person herleitet, die es nicht übertragen konnte, weicht ohne Rücksicht auf gutes oder böses Wissen dem besser Berechtigten. Wer zeitiger dafür Sorge trägt, daß sein persönliches Recht ein dingliches werde, begeht nichts Unbilliges oder Unmoralisches. Wer es unterläßt, sein Recht zur Sache dinglich zu machen, mag den Nachtheil tragen. . . .*)

*) So sagt auch G. Siegmann in seinem Commentar zu dem Sächs. Hypothekengesetze vom 6. November 1843 (Leipzig 1861) S. 93, 94: In der gesetzmäßigen Verfolgung seiner Rechte darf in der Regel Niemand durch die Ansprüche Anderer an seinen auctor gehindert werden, wenn auch jene Rechtsverfolgung der Ausführung dieser Ansprüche entgegengestanden haben sollte. Sehr nahe liegt hier der näheren Betrachtung der in § 23 sub 1 als Beispiel erwähnte Fall, wenn der Besitzer eines Grundstückes dasselbe an zwei verschiedene Personen besonders verkauft und die eine derselben den Eintrag als Besitzer erlangt hat. Ist hier der eingetragene Käufer zugleich derjenige, welcher den älteren Kauf und vielleicht auch noch die außergerichtliche Uebergabe (obwohl dieselbe kein dingliches Recht mehr gewährt) für sich hat, so kann demselben kein Vorwurf einer mala fides gemacht werden, wenn er mit vollständiger Kenntniß von dem Abschlusse des zweiten, späteren Kaufes seinen Eintrag verlangt und erlangt hat. Denn er hat damit nur einen rechtmäßigen Anspruch gegen seinen Mitcontrahenten verfolgt und selbst bei einem Collisionsstreite zwischen beiden Abkäufern würde sein Rechtstitel dem Rechtstitel des zweiten Käufers prävaliren müssen. Aber auch selbst in dem Falle, wenn der eingetragene Käufer weder diese Priorität, noch die Erfüllung des Vertrages durch die Naturalübergabe für sich hätte, würde man demselben die Kenntniß von dem Abschlusse eines zweiten Kaufes und die Vigilanz, womit er seine Eintragung erlangt, vielleicht sogar im Rechtswege erstritten hat, nicht so ohne Weiteres als dolus oder mala fides anrechnen können. Denn auch in diesem Falle hat er nur ein ihm gegen seinen Verkäufer zustehendes Recht verfolgt; dieses Recht, die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages zu verlangen, ist bei beiden Abkäufern im Verhältnisse zu ihrem Verkäufer ein gleich wirksames; die Disposition des Letzteren über das zweimal verkaufte Grundstück ist an und für sich durch den, nur persönliche Ansprüche begründenden Kaufabschluß nicht aufgehoben und zwischen den beiden Abkäufern selbst ist kein obligatorisches Verhältniß vorhanden, vermöge dessen der Eine zu Gunsten des Anderen die Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Verkäufer aufzugeben verbunden wäre. Eine mala fides, welche subjectiv immer ein unredliches Wollen und Handeln voraussetzt, könnte hier nur unter der Voraussetzung angenommen werden, wenn der zweite Käufer auch gewußt hätte, daß der erste, besser titulirte Käufer die Erfüllung seines Kaufes von dem Verkäufer fordere und erwarte, oder wenn etwa das zweite Kaufgeschäft gleich in der Absicht, dem älteren Käufer die Verfolgung seines Rechtstitels abzuschneiden, abgeschlossen worden wäre.

Digitized by Google

Motive zum Preuß. Entwurfe eines Gesetzes über das Hypothekenwesen (Berlin 1864) S. 38, 39: Das Allg. Landrecht hat im Allgemeinen den Grundsatz aufgestellt, daß Niemand zum Nachtheil eines erworbenen Rechts, sei es auch nur ein persönliches zu einer bestimmten Sache, wissentlich neue Rechte erwerben könne. Diesen Grundsatz wendet es bei dem Erwerb dinglicher Rechte, die sich ausschließen, denn bei solchen, welche nebeneinander bestehen können, wie Pfandrechte, Servituten u. s. w. kommt der Grundsatz nicht zur Geltung, an, und will daher ebenso die frühere Uebergabe als die Eintragung nicht für ausreichend achten, um den bekannten älteren Titel eines Anderen auszuschließen.

Ob dies Prinzip, welches ein Grundprinzip des Allg. Landrechts und ethischer Natur ist, seine volle Berechtigung habe, da es Jedermann unbenommen ist, sein persönliches Recht dinglich werden zu lassen, und wenn er dafür nicht gewirkt, es in seinem Willen oder seiner Nachlässigkeit beruht, und im ersten Falle der spätere Erwerber mit dem Willen des anderen handelt, im zweiten Falle aber nicht verpflichtet scheint, sich des Erwerbs und gesuchten Vortheils zu enthalten, dies mag dahin gestellt werden; es mag zugegeben werden, daß es der harmonischen Durchbildung der Theorie nicht entspreche, und jene Wissenschaft nicht einem bösen Glauben gleich zu stellen sei.*)

2. Ueber die praktische Geltendmachung des im § 25 aufgestellten Satzes spricht sich aus:

Koch, Anleitung zur Preuß. Prozeß-Praxis § 47 S. 179 f.: Wenn zwei Personen nach einander einen Titel in Betreff derselben Sache von demselben Autor erlangt haben und dem späteren Erwerber die Uebergabe geleistet wird, dieser aber den älteren Titel des Anderen weiß, so kann der Andere die Sache von jenem abfordern, sobald er die Uebergabe von dem Autor zu fordern berechtigt sein würde.

1) Grund dieser Klage ist die Fiktion, daß der ältere Prätendent die Uebergabe erhalten habe vermöge der Unredlichkeit des jüngeren Erwerbers; dieser kann sich, jenem gegenüber, auf seinen unredlichen Besitz nicht berufen.

2) Der Kläger ist der, welcher einen älteren Titel hat, oder dessen Erbe oder Rechtsnachfolger.

3) Beklagter ist der, welcher auf Grund eines jüngeren Titels den Besitz von dem gemeinschaftlichen Autor erlangt hat und sich darin noch befindet. Gegen dessen Besitznachfolger, welcher von den Umständen bei seiner Erwerbung nichts wußte, findet die Klage nicht statt.

4) Erfordernisse dieser Klage sind: a) der Nachweis des Titels des Klägers, und daß die Zeit zur Uebergabe an ihn gekommen; b) der Nachweis, daß der Bekl. die Sache, auf welche der Titel sich bezieht, besitze; c) der Nachweis, daß der Bekl. zur Zeit der Uebergabe der Sache an ihn

*) Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch enthält keine, dem § 25 d. T. entsprechende ausdrückliche Bestimmung. Daß aber gleichwohl nach Oesterreichischem Rechte der gleiche Grundsatz angenommen wird, beweist der in der „Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes" B. II (Wien 1864) Nr. 556 mitgetheilte Rechtsfall.

Digitized by Google

diesen Titel kannte; d) eine genaue Bezeichnung der Sache, wie bei der Vindikationsklage.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 20. Juni 1851 (in Sachen Brinkmann wider Rittershaus B. 448): Der Appellationsrichter stellt fest, daß Kläger durch Privatkontrakt vom 7. December 1845 einen älteren Titel zur Erwerbung des in Rede stehenden Kuxantheils erlangt, und daß Verklagter vor Abschluß seines Kontrakts und vor erlangter Eintragung in das Berggegenbuch von jenem älteren Titel Kenntniß gehabt habe. Die Voraussetzungen des § 25 Tit. 10 Th. I. A. L. R. sind daher vorhanden. Implorant meint, diese Vorschrift habe nur den Sinn, daß dadurch der im § 19 ebendas. demjenigen Prätendenten, welcher seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, beigelegte Vorzug ausgeschlossen werde, daß aber dieses Gesetz keineswegs den bloß persönlich Berechtigten zur Klage gegen den dritten, im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzer zulasse.

Allein nach dem Präj. Nr. 2059 vom 26. September 1848 (Samml. S. 85) kann Derjenige, welcher nur ein persönliches Recht hat, dasselbe im Wege der Klage gegen den dritten Besitzer verfolgen, wenn dieser zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des Andern gekannt hat, und dies erscheint insofern gerechtfertigt, als die §§ 18—25 a. a. O. davon handeln, wem das Vorzugsrecht gebühre, wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer Sache erlangt haben, und hierbei ein Rechtsstreit unter den verschiedenen Prätendenten als zulässig vorausgesetzt wird.

Digitized by Google

Literatur.

12.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten herausgegeben von F. W. Busch, Großherzoglich Sächsischem und Fürstl. Schwarzburgischem Appellationsgerichts-Vizepräsidenten a. D. Zweiter Band. Leipzig, Arnoldsche Buchhandlung. 1864.

Die günstige Beurtheilung des ersten Jahrgangs dieser Zeitschrift S. 148 Band VIII. der „Beiträge" stimmt mit anderweiten Urtheilen überein. Vergl. Deutsche Gerichtszeitung 1863 S. 86 und 1864 S. 37, 68, 97, sowie Preußische Anwaltszeitung 1864 Nr. 3 S. 23.*) Dagegen ist in einem Referat in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Band IX S. 211 über das Unternehmen des Herausgebers gewissermaaßen der Stab gebrochen. Es wird darin letzteres als ein, für die Wissenschaft ersprießliches und im Interesse der Wissenschaft begründetes Unternehmen nicht anerkannt, andererseits dem Herausgeber die „selbstverständliche" Erklärung: daß ein tiefgefühltes Bedürfniß für das Unternehmen bestehe, in den Mund gelegt und insbesondere, bezüglich der beiden ersten Hefte des ersten Bandes (welche dem Kritiker nur vorlagen), „die große Dürftigkeit in den Mittheilungen aus der handelsrechtlichen Praxis" als „merkwürdig" bezeichnet.

Diesem, in der Form verletzendem und in materieller Hinsicht unmotivirtem, Urtheile entgegenzutreten, ist der Zweck nachfolgender Zeilen.

Der Herausgeber des Archivs hat seine Beweggründe für das Unternehmen in dem Vorworte zum ersten Bande ohne Ueberhebung und Prahlerei ausgesprochen. Aus dem Inhalte dessen, was die Zeitschrift bis jetzt geliefert hat, ergiebt sich ihre Existenz-Berechtigung. In dieser Beziehung erscheint der Hinweis auf obgedachte Kritik in der Gerichtszeitung ausreichend. Nur ist hervorzuheben, daß jener Vorwurf der Dürftigkeit, vermöge der damaligen Dürftigkeit des zur Mittheilung in dem Archive geeigneten, von der handelsrechtlichen Praxis gelieferten Stoffs, der Begründung entbehrt. Schon die nächsten Hefte liefern den Beweis, daß der Herausgeber bestrebt gewesen ist, solchem Vorwurfe zu begegnen. — Richtig ist, daß im Allgemeinen die Konzentrazion der sich der Fortbildung der Wissenschaft widmenden Kräfte wünschenswerth erscheint, und daß solche Konzentrazion in Bezug auf die Kultur des Handelsrechts, nachdem dieselbe einen noch nicht da gewesenen Aufschwung erhalten hat, vorzugsweise wünschenswerth wäre, weil

*) Goldschmidt giebt nur eine Inhaltsübersicht von dem ersten Hefte des ersten Bandes in seiner Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Band VI. S. 331. 332, zitirt aber das „Archiv" wiederholt in seinem Handbuche des Handelsrechts.

Digitized by Google

sie die Verbreitung und Nutzung der massenhaften Früchte dieser Kultur begünstigen würde. In diesem Sinne erklärt sich auch die Kritik in der Anwaltszeitung a. a. O. für eine Beschränkung der handelsrechtlichen Zeitschriften auf eine möglichst geringe Zahl. Es frägt sich aber: wie ist dies zu erreichen? Unser Herausgeber verleugnet die Vorzüge jener Konzentrazion keineswegs (vergl. die Note zum Vorworte Band III. S. II.), lehnt es aber ab, zum Besten derselben auf die Herausgabe seiner Zeitschrift zu verzichten und somit die Leitung bei Verfolgung deren Zwecke aufzugeben. Nach unserer Meinung wäre der entgegengesetzte Entschluß zu beklagen, weil der Herausgeber seinen Beruf zu dieser Leitung bereits dargethan hat, und weil die Zeitschrift, zufolge ihrer Tendenz, den Charakter eines selbstständigen Organs des Handelsrechts nicht mehr verkennen läßt. Es ist dieser Charakter hauptsächlich daraus entstanden, daß der Inhalt der Zeitschrift auf das Handelsrecht im eigentlichen Sinne und zwar auf dasjenige beschränkt geblieben ist, welchem das deutsche Handelsgesetzbuch als Grundlage dient. Hierdurch ist eine stoffliche Beschränkung und Begränzung herbeigeführt, welche sich in keiner anderen handelsrechtlichen Zeitschrift vorfindet und welche das Archiv namentlich für die praktischen Juristen sehr werthvoll macht.

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

13.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Mit Bewilligung der Herren A. Nauck und Comp. Vier Bände. Vierte beziehungsweise dritte vermehrte Auflage. Berlin 1862 bis 1864. Verlag von J. Guttentag.

Prozeß-Ordnung nach ihrer heutigen Geltung. Unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, mit den Präjudizien des höchsten Gerichts, so wie mit nachweisenden und erläuternden Anmerkungen, nebst Register, herausgegeben von Dr. C. F. Koch. Erste Abtheilung. Fünfte vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, Verlag von J. Guttentag. 1864.

Die früheren Ausgaben beider Werke haben in dem juristischen Publikum eine Verbreitung gefunden, welche keinen anderen juristischen Werken zu Theil geworden ist. Jede kommentarische Bearbeitung eines Gesetzbuchs aber unterliegt vermöge der Fortschritte der Wissenschaft und der Umgestaltungen und Produktivität in der Gesetzgebung der Veraltung; von Jahr zu Jahr stellt sich größere Unvollständigkeit heraus, und so berechtigt hiernach der Wunsch ist, ein kommentarisches Werk nach seinem Zeitverlauf, dessen Dauer von der Thätigkeit, welche in den angedeuteten Richtungen auf dem bearbeiteten Gebiete wirksam gewesen, abhängig ist, durch Einverleibung des Neuen ergänzt zu sehen, ebenso dankbar müssen wir die Erfüllung dieses Wunsches entgegennehmen. Der Verfasser erklärt in der Vorrede zu der neuesten Ausgabe seines Landrechts-Kommentars: „Die Gesetzgebung und die

Digitized by Google

Rechtsfortbildung durch die Praxis ist in einem solchen Flusse, daß sowohl der Theoretiker, wie besonders der Praktiker, dessen Zeit und Kräfte meistens durch die ermüdenden Dienstverrichtungen verzehrt werden, sich nur mit Aufmerksamkeit und Mühe auf der Höhe der Lage des augenblicklich geltenden Rechtes halten kann. Dabei Hilfe zu leisten, war der Zweck dieses Werkes von Anfang an. Die vorliegende neue Ausgabe soll dem Zwecke von Neuem nachkommen. Bei dieser Ausgabe ist, wie bei den früheren, hauptsächlich in's Auge gefaßt worden, eine möglichst vollständige Statistik des gegenwärtig bestehenden Rechtszustandes darzustellen." — Das Gesagte gilt zweifellos auch von der neuesten Ausgabe der Prozeß-Ordnung, und es läßt sich nicht leugnen, daß in Bezug auf die Materien des einen, wie des anderen Werkes die bezweckte Hilfsleistung wirklich gewährt wird. Nur in Betreff des Maaßes der letzteren kann Meinungs-Verschiedenheit obwalten. — Sehr leicht wäre es jedenfalls gewesen, einem Tadel zu entgehen, welchen wir, so zu sagen, unzählige Male haben aussprechen hören. Derselbe hat zum Gegenstande, daß nicht bloß diejenigen Stellen des Gesetzes-Textes, deren Aufhebung in neueren Gesetzen ausdrücklich erklärt ist, sondern auch solche Stellen weggelassen sind, welche der Verfasser für obsolet oder in Auslegung des neueren Gesetzes für aufgehoben erachtet hat, sowie daß Abänderungen ursprünglicher Bestimmungen in den Urtext selbst eingetragen und so der letztere im Wortlaute und beziehungsweise in der Fassung umgeschaffen und umgestellt, also korrumpirt worden ist. Abgesehen von Irrthümern bei diesem Verfahren, beeinträchtigt dasselbe die Interpretazion des Gesetzes und kann zu Irrthümern verleiten. — Erheblicher, weil den Kern der Sache betreffend, erscheint der von Förster in dessen „Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts" (Einleitung S. VII) erhobene und von dem Herausgeber der „Beiträge" (Heft 3 S. 477) für begründet erklärte Vorwurf: daß unser Verfasser im Wesentlichen auf dem wissenschaftlichen Standpunkte der dreißiger Jahre stehen geblieben sei, daß selbst die neuesten Ausgaben seiner Schriften in dieser Hinsicht keinen Fortschritt brächten, daß dieselben nichts von den Bewegungen, die seitdem in der deutschen Jurisprudenz hervorgetreten, enthielten, daß Literatur und Praxis größtentheils unbeachtet geblieben und daß weder die germanistischen Elemente unserer Gesetzgebung, noch die Gestaltung, welche das römische Recht als gemeines deutsches im Laufe der Zeit erhalten habe, überall richtig gewürdigt seien. — Wenn auch diesem Urtheile (abgesehen von dem Inhalte der Note 1 a. a. O.) Motive nicht beigefügt sind, so findet dasselbe doch insoweit, als es sich auf Nichtbeachtung der neueren juristischen Literatur bezieht, fast auf jeder Seite der vorliegenden Kommentare Bestätigung und wird auch in den Kritiken zu dem Kommentar des Handelsgesetzbuchs (einem Bestandtheile des Landrechts-Kommentars) in Goldschmidt's „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht" Band VII S. 179 und in der Deutschen Gerichtszeitung Bd. V S. 127 ausgesprochen. Ueber die Prinzipien, von welchen unser Verfasser bei seinen schriftstellerischen Arbeiten ausgegangen ist, hat sich derselbe nicht erklärt, namentlich nicht über die Gründe der beregten Omission. Offenbar jedoch liegen diese in der Festigkeit seiner Ueberzeugung von der Richtigkeit seiner Ansichten und in den von der Anerkennung seiner Autorität erhaltenen Beweisen. Hierdurch mag der Verfasser zu der Meinung

Digitized by Google

gelangt sein, daß seine Ansichten weder einer Unterstützung durch den Nachweis der Uebereinstimmung mit anderen, noch eines Schutzes durch Widerlegung von entgegenstehenden Auffassungen bedürften. So wenig man diese Meinung billigen kann und so sehr man ihren Einfluß auf die Leistungen des Verfassers bedauern muß, so läßt sich andererseits doch nicht verkennen, daß in der Festigkeit und Entschiedenheit, welche der Verfasser in seinen Rechts-Urtheilen kund giebt, ein großer Werth und Vorzug mit Rücksicht darauf liegt, daß man ihm eine der höchsten Stellen unter den Autoritäten der Rechtsgelehrsamkeit nicht verweigern kann. Namentlich ist, neben obigem Vorwurfe, als sein Verdienst hervorzuheben, daß er für die eigentlich kritische Behandlung des preußischen Rechts die richtige Bahn gebrochen, indem er den, der Kodifikazion desselben vorausgegangenen Zustand der Rechtswissenschaft offen gelegt und erläutert, den Zusammenhang beziehungsweise die Abweichungen zwischen dem alten und neuen Recht dargethan, das letztere selbst in seinen einzelnen Bestandtheilen geprüft, mit Selbständigkeit und Sicherheit seine Urtheile abgegeben und motivirt, dabei die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs bis in die neueste Zeit verfolgt und im Ausdrucke fast ausnahmelos Klarheit mit Kürze und Vollständigkeit zu vereinigen gewußt hat. Dieses Verdienst (welches auch von Förster nicht in Abrede genommen wird, vergl. S. 26 a. a. O.) hat bis zur Ueberschätzung Anerkennung gefunden und es ist die Herausgabe der vorliegenden Ausgaben wohl als eine Erhöhung desselben zu bezeichnen. — Anordnung und Einrichtung ist in letzteren dieselbe, wie in den früheren Ausgaben. Die Veränderung des Inhalts liegt theils in Weglassung der inzwischen ausdrücklich oder nach der Meinung des Verfassers aufgehobenen Gesetze, theils in Berichtigungen, hauptsächlich aber in Verstärkung und Vermehrung der Noten, also des eigentlichen Kommentars. Hervorzuheben ist, daß, wie schon angedeutet worden, das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch dem Tit. 8 Th. II des A. L. R. als siebenter Abschnitt einverleibt ist.*) Es mag richtig sein, daß die Erwartungen, welche man von der kommentarischen Bearbeitung des Handelsgesetzbuchs durch unseren Verfasser gehegt hat, nicht in Erfüllung gegangen sind (vergl. Goldschmidt a. a. O.), immerhin aber sind die meist ausführlichen Mittheilungen aus den Vorarbeiten und die, wenngleich sparsam beigefügten, eigenen Urtheile des Verfassers nicht gering zu veranschlagen. — Der Hauptinhalt des Neuen in den Noten beider Werke besteht in den seit den früheren Ausgaben bis zum Jahre 1863 incl. im Druck erschienenen Ober-Tribunals-Erkenntnissen, deren wesentlichster Inhalt, meist in Verbindung mit erläuternden beziehungsweise kritischen Bemerkungen, mitgetheilt wird. Diese Erweiterungen der älteren Kommentare sind dadurch markirt, daß die Zahl derjenigen Auflage, welcher sie ihren Ursprung verdanken, der betreffenden Note vorgedruckt ist. Vermöge dieses äußerlichen Kennzeichens gewinnt man schon beim oberflächlichsten Einblicke die Ueberzeugung, daß die stoffliche Vermehrung eine sehr erhebliche ist. — Zu bedauern ist bei dem Landrechts-Kommentar, daß „Nachträge und Berichtigungen" und „Schlußnachträge"

*) Ein besonderer Abdruck ist unter dem Titel erschienen: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Berlin, Verlag von J. Guttentag. 1863.

Digitized by Google

nöthig geworden sind, welche nicht weniger, als 141 Seiten kleinen Drucks (im 4. Bande) einnehmen. Der Verfasser giebt hierüber folgende Erklärung ab: „Wie es aber bei der Rastlosigkeit der bezeichneten beiden Faktoren der Rechtsbildung (nämlich der Gesetzgebung und Praxis) nicht anders sein kann, treten unter der verhältnißmäßig geraumen Zeit, welche der Druck dieses umfänglichen Werkes erfordert, viele Neuerungen ein. Diese machen es unvermeidlich, Nachträge zu bringen, wenn das Werk bei Vollendung des Drucks den Ansprüchen einer Rechts-Statistik einigermaaßen entsprechen soll. Dergleichen Nachträge sind zwar immer mehr oder weniger unbequem, doch ist die Notirung der Nachträge am gehörigen Orte den Meisten wohl weniger lästig, als ihnen der Mangel derselben beim Gebrauche des Buches unangenehm sein würde. Mein Rath ist, vor dem Gebrauche des Werkes bei den betreffenden Stellen am Rande das Vorhandensein eines dazu gehörigen Nachtrags nur mit Zeichen, etwa mit „N. S. 1200“ (Nachtrag S. 1200) anzudeuten.“ — Die Befolgung dieses Raths ist sehr zu empfehlen, da in den „Nachträgen“ gerade die neuesten Resultate der Rechtsprechung enthalten sind.

Von dem Kommentar zur Prozeß-Ordnung liegt erst die „Erste Abtheilung“ vor, die zweite Abtheilung soll jedoch im Laufe des Herbstes noch erscheinen und etwa die 3fache Bogenzahl enthalten.

Auf Einzelheiten der beiden Werke beurtheilend einzugehen, dazu fehlt hier der Raum. Es erscheint auch in Rücksicht auf die Bekanntschaft der juristisch Gebildeten mit den älteren Ausgaben zur Empfehlung der neuen Leistungen — mit Ausschluß des Kommentars zum Handelsgesetzbuche — die Versicherung ausreichend, daß dieselben nach Inhalt und Form als Ergänzungen und Fortsetzungen zu betrachten sind. Auf den Kommentar zum Handelsgesetzbuche gedenke ich bei anderer Gelegenheit zurück zu kommen.

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

14.

Die preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger, nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts dargestellt von E. Meischeider, Königl. Kreisrichter in Glogau. Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1864.

Von demselben Verfasser befindet sich in diesen „Beiträgen“ IV. S. 347 f. (Nr. 14) eine Abhandlung unter dem Titel „Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen die durch den Gemeinschuldner bewirkte Zahlung einer gesetzlich begründeten, fälligen Forderung.“ Diesem Titel gemäß ist dort das Recht der Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner nur in Bezug auf Zahlungen und unter der Voraussetzung der Konkurs-Eröffnung zum Gegenstande der Darstellung gemacht. Im vorliegenden Werke dagegen ist dieses Recht noch nach anderen Richtungen hin, und zwar sowohl für den Fall des eröffneten, als auch für den Fall des nicht eröffneten Konkurses, beleuchtet und der betreffenden Ausführung eine Vollständigkeit, Uebersichtlichkeit und Gründlichkeit gegeben, welche in keinem andern Werke über dasselbe Thema sich vorfindet.

Digitized by Google

In der historisch-dogmatischen Darstellung wird zunächst eine Dreitheilung insofern erkennbar, als, der Regel nach, die einschlagenden Bestimmungen 1) des Römischen Rechts (actio Pauliana), 2) des Preußischen Rechts vor Emanazion der Konkurs-Ordnung — getheilt in „älteres Recht" (Th. I Tit. 50 der Allg. Gerichts-Ordnung) und in „neueres Recht" (Gesetz vom 26. April 1835) — und 3) des neuesten Preußischen Rechts (Konkurs-Ordnung vom 8. Mai und Gesetz vom 9. Mai 1855) abgesondert vorgetragen und erläutert sind. Das gemeine Recht ist da, wo sich hierzu Gelegenheit bot, mitberücksichtigt. Noch in anderer Beziehung aber tritt ein dreifacher Gesichtspunkt hervor, indem nämlich im Preußischen Recht unterschieden wird 1) die Anfechtung von Rechtsgeschäften im formellen Konkurse (§§ 99 bis 112, 333 der Konkurs-Ordnung), 2) im Prioritäts-Verfahren, welches der Verfasser als „partikulären Konkurs" bezeichnet (§§ 373—394 a. a. O.) und 3) im Verfahren nach dem Gesetze vom 9. Mai 1855, vom Verfasser „materieller Konkurs" genannt. Gleichzeitig sind die singulären Vorschriften über Anfechtung von Leibrenten-Verträgen (§§ 640—645 Th. I Tit. 11 des Allg. Landrechts) und Schenkungen (§§ 1129—1133 l. c.) der Erörterung unterworfen. — Auf der Grundlage dieser zweckmäßigen Disposition zeigt der Verfasser die genetische Entwickelung und gegenwärtige Gestaltung des Anfechtungsrechts in Bezug auf dessen objektive und subjektive Voraussetzungen. Von den, in nicht geringer Zahl vorhandenen, Kontroversen hat der Verfasser diejenigen, welche ihm als die wichtigsten erschienen sind, zu lösen gesucht und andererseits erhebliche Bedenken gegen Rechtsauslegungen angeregt, welche bisher in unangefochtener Geltung standen.

Im jetzigen Preußischen Recht ist das Erforderniß der Vermögens-Unzulänglichkeit für die Konkurs-Eröffnung nur in Betreff des gemeinen Konkurses beibehalten. Der kaufmännische Konkurs setzt Zahlungseinstellung voraus, welche begrifflich von der Vermögens-Unzulänglichkeit verschieden ist. Das Prioritätsverfahren, von welchem es 4 verschiedene Arten giebt, hat die Unzulänglichkeit eines einzelnen Vermögens-Objekts zur Bedingung. Der Hauptvorzug des neueren vor dem älteren Preußischen Recht besteht darin, daß nunmehr alle Rechtshandlungen des Schuldners der Anfechtung unter bestimmten Voraussetzungen unterliegen, zu welchen letzteren namentlich, außer den gedachten Erfordernissen, gehört, daß der Schuldner selbstthätig auf sein Vermögen eingewirkt hat. Hiervon bilden nur prozessualische Entscheidungen und Mandate insofern eine Ausnahme, als dieselben auch dann angefochten werden können, wenn sie der Schuldner in Passivität hat gegen sich ergehen lassen. — Nachdem der Verfasser die Rechtssätze, vom Römischen Recht ausgehend, begründet hat, wendet er sich zu einzelnen Akten der Anfechtung, als Erbschafts- und Vermächtniß-Entsagungen, Schenkung und ihr gleichstehende Verfügungen, Zahlung einer fälligen und nicht fälligen Schuld, Angabe an Zahlungsstatt und Bestellung eines Pfand- oder Hypothekenrechts. Als den Kern der neuen Gesetzgebung, um welchen sich alle Anfechtungsfälle gruppiren, bezeichnet er die Bestimmung, wonach jede Rechtshandlung anfechtbar ist, welche der Schuldner in der, dem andern Theile bekannten, Absicht, seine Gläubiger zu bevortheilen, vorgenommen hat. Diesem altrömischen Grundsatze ist nur die oben angedeutete Ausdehnung, bezüglich der prozessualischen Unterlassungen, gegeben. Die weiteren

Digitized by Google

gesetzlichen Bestimmungen enthalten Rechtsvermuthungen in Betreff der betrüglichen Absicht des Schuldners oder deren Kenntniß von Seiten des andern Theils, und Ausnahmen von der Regel, nach welcher es dieser Kenntniß bedarf. — Im gemeinen Konkurse hält der Verfasser die Anwendung des § 101 der Konkurs-Ordnung für nicht gerechtfertigt und verlangt von der Wissenschaft und Praxis die möglichste Beschränkung der Anwendung, hinzufügend, daß zu diesem Zwecke der von dem Gläubiger zu führende Beweis der Nicht-Kenntniß von der betrüglichen Absicht des Schuldners nicht zu erschweren sein werde, weil die zu beseitigende Vermuthung keine starke sei! Diese Meinung entbehrt unsers Erachtens des juristischen Gehalts. (Beiläufig bemerkt, zitirt der Verfasser (S. 51) in Auslegung der §§ 100 und 101 a. a. O. ein Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 19. April 1858 in den Entscheidungen Bd. 38 S. 427. Dort befindet sich ein Erkenntniß vom 18. März 1858, welches offenbar gemeint und in Striethorst's Archiv Bd. 28 S. 197 in größerer Vollständigkeit abgedruckt ist). Einverstanden damit, daß die von Goltdammer in den „Materialien" S. 253 aufgestellte Ansicht, wonach die in den §§ 101, 102, und 103. 3. und 4 der Konkurs-Ordnung aufgeführten Rechtshandlungen als nichtige zu betrachten sind, für begründet nicht erachtet werden kann, überzeugt uns doch die Ausführung nicht, daß der Gegenbeweis gegen die Vermuthung der Unredlichkeit zulässig sei. Wenngleich die in Rede stehenden Bestimmungen auch auf dem, oben als „Kern" bezeichneten, Prinzipe beruhen, so ist doch im Gesetze selbst nicht ausgedrückt, daß die, unter den darin angegebenen Umständen von dem Gemeinschuldner vorgenommenen, Rechtshandlungen eine, der Widerlegung unterworfene, Vermuthung der Unredlichkeit auf Seiten des Gemeinschuldners begründen sollen. Der Kommissionsbericht der zweiten Kammer ad § 101 spricht nur von einer, dem Dritten entgegenstehenden, Vermuthung der Kenntniß der mala fides des Kridars, und wenn hiernach dem Gläubiger die Widerlegung dieser Vermuthung nicht zu versagen ist, so gelangt man, bei der Fassung des Gesetzes, doch nur zu dem Resultate, daß der betreffende Gegenbeweis zu dem Zwecke, um das Empfangene erstattet verlangen zu können, zuzulassen ist — ein Resultat, welches mit § 107 im Einklange steht. — Die Erläuterung des Verfassers zu § 100 Abs. 2 und 3 schützt diese Vorschriften gegen jedes Mißverständniß (S. 52 bis 55), und der Angriff gegen das Ober-Tribunals-Urtel vom 16. Februar 1858 (Entscheidungen Bd. 38 S. 423), der zugleich gegen das Urtel vom 17. April 1863 (a. a. O. Bd. 49 S. 368) gerichtet ist — inhalts welcher Erkenntnisse die Zahlung und die Angabe an Zahlungsstatt zu den nach §§ 102 und 103 der Konkurs-Ordnung und § 5 (wohl auch § 7) des Gesetzes vom 9. Mai 1855 anfechtbaren Rechtshandlungen nicht gehören — wird mit schlagenden Gründen unterstützt. —

Die weitere Darstellung enthält die Geltendmachung des Anfechtungsrechts durch Klage und Einrede unter besonderer Rücksicht auf das Beweisverfahren und die Sachlegitimazion der Parteien. Nicht gerechtfertigt erscheint die Ansicht, daß die Aufhebung der Beweistheorie sich im materiellen Konkurse nicht auf die Feststellung der Vermögens-Unzulänglichkeit erstrecke (S. 86). Zweifellos wird durch die Aufstellung der Rechtsvermuthungen (§ 3 und 4 a. a. O.) die Frage zu keiner müßigen. Die Fassung des § 17 a. a. O. spricht unsers Erachtens mit Entschiedenheit gegen die Ansicht

Digitized by Google

des Verfassers, welche letztere auch in der Praxis unsers Wissens nicht zur Geltung gelangt ist. — Bei Prüfung der Legitimazion zur Anfechtung stellt der Verfasser die Sätze auf, daß die Anfechtung ausgeschlossen sei: im formellen Konkurse, wenn alle zur Zeit der Rechtshandlung vorhandenen Gläubiger bei Geltendmachung des Anfechtungsrechts schon befriedigt sind, und im partikulären Konkurse, wenn die Forderungen der anfechtenden Gläubiger zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung noch nicht bestanden haben (S. 91 bis 93). Gesetzlich anerkannt sind diese Rechtssätze nicht, dieselben werden daher schon deßhalb — anderer Gründe zu geschweigen — in der Praxis nicht zur Anwendung kommen können, ihre Begründung aber muß als eine scharfsinnige und, vom Standpunkte der Gesetzgebung aus, als wohl berücksichtigungswerthe bezeichnet werden.

Die Schluß-Kapitel haben den „Inhalt des Anfechtungsrechts" sowie den „Einfluß des Todes der betheiligten Personen und des Zeitablaufs auf das Anfechtungsrecht" zum Gegenstande.

Im Ganzen liefert die Arbeit einen neuen Belag für den besonderen Werth monographischer Behandlung von Rechtsmaterien. Um so mehr aber ist zu bedauern, daß der Verfasser die Bestimmungen im Artikel 259 des Deutschen Handelsgesetzbuchs und im Artikel 30 des Einführungsgesetzes zu letzterem, obwohl dieselben in den Bereich seiner Aufgabe gehören, von der Bearbeitung ausgeschlossen, und somit das Thema nicht vollständig erschöpft hat. —

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

15.

Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht von Dr. Göppert, Gerichtsassessor und Privatdocent an der Königl. Universität zu Breslau. Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses 1864. 161 S.

16.

Zur Lehre vom Miteigenthum. Von Felix Boas, königl. Kreisrichter. Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1864. 108 S.

Beide Schriften, die vom Standpunkte unseres Rechts aus einen in unserer Rechtsliteratur bisher ziemlich vernachlässigten Gegenstand behandeln, müssen schon deshalb die Aufmerksamkeit jedes denkenden Juristen erregen und wissen dieselbe auch durch die Art und Weise ihrer Ausführungen, so verschieden auch diese sein mag, zu verdienen. Ja, es kann nur als ein Gewinn für die Wissenschaft betrachtet werden, daß beide Verfasser von ganz verschiedenen Gesichtspunkten ihren Gegenstand auffassen und eben deshalb zu ganz verschiedenen Ergebnissen gelangen. Wir heißen daher beide Schriften willkommen und wollen nur in Kürze deren Inhalt angeben.

Die Beiträge des Dr. Göppert bezwecken keine vollständige Entwickelung der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthum, sondern beschäftigen sich vorzugsweise mit dem gemeinschaftlichen Eigenthum der Miterben, insbesondere mit einer Prüfung des Plenarbeschlusses unseres Ober-Tribunals vom 16. März 1857. Nur um sich hierzu den Weg zu bahnen, hat der Verf.

Digitized by Google

allgemeine Erörterungen über das Wesen des gemeinschaftlichen Eigenthums des Allg. Landrechts, so wie über die Natur des Theilungsvertrages vorangeschickt. Die Schrift besteht sonach aus drei gesonderten Abhandlungen mit der Ueberschrift: I. „Ist das gemeinschaftliche Eigenthum des Allg. Landrechts römisches Miteigenthum?" II. „Die Natur des Theilungsvertrages." III. „Das gemeinschaftliche Eigenthum der Miterben."

Der erste Aufsatz (S. 1—40) sucht, nach kurzer Darlegung der verschiedenen Ansichten unserer Rechtslehrer, nachzuweisen, „daß das gemeinschaftliche Eigenthum unseres Gesetzbuchs nicht Gesammteigenthum, nicht ein drittes Gemisch aus diesem und condominium, auch nicht Corporations-Vermögen ist, sondern wirkliches römisches Miteigenthum, mit gewissen theils aus dem bestehenden Particularrecht oder der herrschenden Ansicht vom gemeinen Recht, theils aus Nützlichkeitsgründen hervorgegangenen Modificationen, welche das Wesen des Instituts nicht alteriren, ausgedehnt auf alle unter den landrechtlichen Begriff des Eigenthums fallenden Objecte, bei diesen jedoch ihrer zum Theil widersprechenden Natur wegen nicht consequent durchgeführt." — Die zweite Abhandlung (S. 40—77) berichtigt zunächst die irrigen Ansichten über die personales praestationes bei dem Theilungsverfahren so wie über die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes einer Accrescenz, stellt sodann den Theilungsvertrag nach römischem Recht und nach dem Allg. Landrecht dar und charakterisirt ihn „als einen in der Absicht eine bisher bestandene Gemeinschaft aufzuheben, abgeschlossenen einfachen oder wechselseitigen Kauf." — In der dritten, bei weitem umfangreichsten Abhandlung (S. 77—161) geht der Verfasser, nach Voranstellung der einfachen Grundsätze des römischen Rechts über das Miteigenthum der Miterben, auf eine „Geschichte der herrschenden Ansicht über das preußische Recht" ein, zeigt demnächst „die verschiedenen Constructionen der herrschenden Ansicht und die des Ober-Tribunals im Einzelnen" und knüpft hieran die „Kritik der Ober-Tribunals-Theorie," betreffend a) die hereditas als universitas juris. b) den Satz: „hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno." c) „die Erbschaftstheilung." — Die Resultate seiner Erörterungen faßt der Verfasser am Schlusse dahin zusammen: „Das Ergebniß der angestellten Untersuchung ist die Unhaltbarkeit der gegenwärtig herrschenden Ansicht über das Miteigenthum der Erben.

Das Allg. Landrecht faßt die Inbegriff-Eigenschaft der hereditas nicht als ausschließliche, sondern nur als eine solche auf, in welcher dieselbe in manchen einzelnen Beziehungen auftritt, und es fehlt nicht nur an Beweisen dafür, daß zu diesen Beziehungen auch das Verhältniß der Miterben gehört, sondern die Behandlung der Nachlaßobligationen in dem Gesetzbuch thut gerade im Gegentheil dar, daß die Einheit der Erbschaft deren Uebergang auf die Vermögensnachfolger nicht überbauert, indem namentlich an den Forderungen das gewöhnliche landrechtliche Miteigenthum nach Idealtheilen eintritt. Damit ist dann jedes Hinderniß gegen die Annahme eben dieses Miteigenthums an den zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen beseitigt.

Dieses Miteigenthum ist aber, wie die erste Abhandlung darzulegen unternahm, im Wesentlichen das römische Condominium. In ihm ist an sich das Recht des Condominus enthalten, über seinen Antheil an jeder einzelnen Sache, jeder einzelnen Forderung zu verfügen, sei es durch Veräußerung, sei

Digitized by Google

es durch Verpfändung, und daraus folgt dann wieder das Recht seiner Gläubiger, aus diesen Einzelantheilen ihre Befriedigung nach Maßgabe der §§ 71 bis 74 Th. I Tit. 17 zu suchen. Die Betrachtungen, welche man diesem Dispositionsrecht, abgesehen von der Qualificirung der Erbschaft als Inbegriff, entgegengestellt hat, sind unrichtig und beruhen theils auf einer Umkehr gewisser im Gesetzbuch nach ganz anderen Richtungen wirksamer Anschauungen, theils auf einer Verkennung des Wesens der Theilung und der bei ihr vorkommenden Berücksichtigung von Obligationen, die nicht das Miteigenthum oder die Veräußerungsbefugniß beeinträchtigen, sondern nur aus dem Miteigenthum bei Gelegenheit der Erbschaftstheilung berichtigt werden sollen, wenn die Möglichkeit dazu vorhanden ist.

Es fällt also der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 16. März 1857 mit allen den Schwierigkeiten und Hemmnissen, welche aus der in ihm fixirten Theorie für die Behandlung der Miterbenverhältnisse entspringen, und seine ausdrückliche Beseitigung durch den höchsten Gerichtshof selbst erscheint im Interesse des wahren Rechts, welches hier mit dem Bedürfniß des Verkehrs durchaus übereinstimmt, dringend geboten."

In ganz anderer Weise führt uns die zweite Schrift von Felix Boas ihren Gegenstand vor. Wiewohl von geringerem Umfange als die erstere, hat sie eine viel breitere Grundlage, indem sie unter Nr. I (S. 6—44) auf die „ursprünglichen Gegensätze römischer und deutscher Rechtsanschauungen" und zwar auf dem gesammten Gebiete des Rechts (sowohl des Privatrechts als des Staatsrechts) zurückgeht, von der dadurch gewonnenen Basis aus unter Nr. II (S. 45—55) „das Miteigenthum insbesondere; societas, universitas, Genossenschaft" betrachtet, und unter Nr. III (S. 56 ff.) auf „die einzelnen Rechtsinstitute" übergeht, nämlich A „die durch zufällige Begebenheiten entstandene Gemeinschaft (communio incidens)" (S. 57—64), B „die Gemeinschaft der Miterben" (S. 64—75), C „S. g. eventuelle Successionsrechte; insbesondere Familienfideicommisse" (S. 75—86), D „die Markgenossenschaften" (S. 86—90), E „Gemeinschaften durch Vertrag im Allgemeinen" (S. 90—95), F „die Handesgesellschaften" (S. 95—101), G „die Gewerkschaften" (S. 102—104), H „die eheliche Gütergemeinschaft" (S. 104—107). Bei dem großen Kreise, den der Verfasser hiernach für seine Betrachtungen gezogen hat, mußten sich diese natürlich auf die Hervorhebung der Hauptgesichtspunkte beschränken. Gleichwohl macht die Darstellung nicht den Eindruck des Scizzenhaften, da der Verfasser es verstanden hat, uns in kurzen Zügen ein lebensvolles wohlgeordnetes Ganze zu geben. Der schwächste Theil der Schrift ist der die Gemeinschaft der Miterben betreffende Abschnitt, also gerade die Behandlung desjenigen Punktes, der in den Beiträgen des Dr. Göppert die eingehendste Erörterung gefunden hat. Wenn der Verfasser hier unserem Ober-Tribunal nachrühmt, „die eigenthümlich tiefe Rechtsanschauung, die der innerste Grund der von den Redactoren des Allgem. Land-Rechts aufgestellten Sätze ist, ihrer ganzen weitreichenden Bedeutung nach richtig gewürdigt und diese in deren Sinne systematisch entwickelt und weiter fortgebildet zu haben," so können wir, wenigstens in Beziehung auf den durch den Plenarbeschluß vom 16. März 1857 aufrecht erhaltenen Satz, in diese Lobeserhebung nicht einstimmen, müssen vielmehr, in völliger Uebereinstimmung mit der gründlichen Kritik des Dr. Göppert, unsere Ueberzeugung

Digitized by Google

wiederholt dahin aussprechen, daß kein Plenar-Beschluß unseres höchsten Gerichtshofes eine seichtere Motivirung erfahren hat, als der eben gedachte. — Am Schlusse sei nur noch erwähnt, daß, während Dr. Göppert sehr sorgfältige Nachweisungen der einschlagenden Literatur gibt, der Verfasser der zweiten Schrift dieselben grundsätzlich vermieden zu haben scheint.

Dr. J. A. Gruchot.

17.

Die Preußische Disziplinargesetzgebung für die unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten, erläutert aus den Materialien, der Rechtslehre, den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals und den Ministerial-Reskripten durch G. Thilo, Königl. Staatsanwalt. Berlin 1864. Verlag von J. Guttentag.

Durch die Gesetze vom 7. Mai 1851 und 21. Mai 1852, betreffend die Dienstvergehen der Richter und nichtrichterlichen Beamten, hat die Disziplinargesetzgebung im Wesentlichen ihren verfassungsmäßigen Abschluß erhalten. In Berücksichtigung der außerdem in Geltung verbliebenen Gesetze kann eine Lücke nur in dem Mangel von besonderen Bestimmungen über die Dienstverhältnisse der Ober-Rechnungs-Kammer-Beamten gefunden werden, indem Artikel 104 der Verfassung noch nicht zur Ausführung gelangt ist, die Anwendung des Gesetzes vom 21. Mai 1852 auf diese Beamten-Kategorie aber, wegen der exzeptionellen Stellung des Chefs derselben, Bedenken unterliegt.

Zur Würdigung der beiden obgedachten Gesetze muß man auf den früheren Zustand der bezüglichen Gesetzgebung zurückblicken. Mit Recht bezeichnet der Verfasser des vorliegenden Werks die Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der Richter als höchstes Palladium bürgerlicher Freiheit. Dasselbe fand jedoch in dem Allgemeinen Landrechte und der Allgemeinen Gerichtsordnung nicht den erforderlichen Gesetzes-Schutz. Solcher wurde ihm auch durch das Gesetz und die Verordnung vom 29. März 1844 nicht in ausreichendem Maaße zu Theil, indem diese Akte der Gesetzgebung keine Bestimmungen über die Befugnisse von Dienstvorgesetzten zur Ertheilung von Verwarnungen und Verweisen enthalten, Versetzungen ohne Disziplinar-Verfahren gestatteten und die Pensionirung ohne Richterspruch beibehielten. Hieraus erklärt sich die Aufhebung der, den Richterstand betreffenden, Vorschriften derselben durch das vorläufige Staats-Grundgesetz vom 6. April 1848 und in weiterer Folge die Substituirung der Artikel 85 und 86 der oktroyirten Verfassungs-Urkunde vom 5. December desselben Jahres, in deren Ausführung der Entwurf vom 10. Juli 1849 den Kammern vorgelegt wurde. Aus diesem Entwurfe ist das Gesetz vom 7. Mai 1851 hervorgegangen, nachdem inzwischen die Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 (deren Artikel 86 und 87 im Wesentlichen mit den gedachten Bestimmungen des oktroyirten Verfassungsgesetzes übereinstimmen) in Geltung getreten war.

Anlangend die Stellung der nichtrichterlichen Beamten, so existirten vor dem 29. März 1844 nur gesetzliche Vorschriften über Entsetzung und Verabschiedung. Die Bestimmungen vom 29. März 1844 erfuhren in Bezug auf diese Beamten zwar keine Aufhebung durch die Verordnung vom 6. April 1848. Das Bedürfniß anderweiter gesetzlicher Regelung der Disziplinar-Ver-

Digitized by Google

hältnisse wurde jedoch durch die Verheißung im Artikel 96 der oktroyirten Verfassung anerkannt, demselben auch zunächst durch die provisorische Verordnung vom 11. Juli 1849 und sodann, in Gemäßheit des Artikels 98 der geltenden Verfassungs-Urkunde, durch das Gesetz vom 21. Juli 1852 Abhilfe verschafft.

Seit Emanazion der beiden in Rede stehenden Gesetze ist auf dem, von denselben beherrschten Gebiete — abgesehen von den Städteordnungen vom 30. Mai 1853, 19. März und 15. Mai 1856, welche disziplinarische Bestimmungen in Bezug auf Gemeinde-Beamten enthalten, und dem Gesetze vom 17. März 1852, die Organisazion des Ober-Tribunals betreffend, — die Gesetzgebung nicht weiter thätig gewesen. Derselben ist auch, unseres Wissens, seither keine Anregung zur Thätigkeit gegeben worden. Namentlich sind aus dem Schooße des Beamtenstandes keine bezügliche Anträge hervorgegangen. Dies verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, als im Disziplinar-Verfahren die Beschwerde der Staatsanwaltschaft über Nichteinleitung desselben an keine Frist gebunden ist und, der Regel nach, nur eine mündliche Schlußverhandlung stattfindet, der Angeschuldigte also ungünstiger gestellt erscheint, als der Kriminal-Angeklagte. — Es ist anzunehmen, daß die fraglichen Gesetze sich praktisch bewährt und den Anforderungen Genüge geleistet haben. Zugleich muß anerkannt werden, daß sie durch Vortrefflichkeit der Redakzion hervorragen. Selbstverständlich aber ist nicht jeder Zweifel abgeschnitten, jeder Verschiedenheit in der Auslegung vorgebeugt, und deshalb muß die Mittheilung der Materialien und von Präjudikaten, verbunden mit erläuternden Bemerkungen, als ein dankenswerthes Unternehmen bezeichnet werden. Der Werth eines solchen tritt noch von einem anderen Gesichtspunkte aus vor Augen. Das Studium der Disziplinargesetze entbehrt des wissenschaftlichen Reizes, und andererseits ist es keineswegs leicht, die einzelnen Vorschriften sich in dem, zur sicheren Handhabung in der Praxis nothwendigen, Grade einzuprägen. Dem stellt sich namentlich der Umstand entgegen, daß in den beiden Gesetzen von 1851 und 1852 ein Theil der Bestimmungen gleichlautend ist, ein anderer aber geringe Abweichungen beziehungsweise Verschiedenheiten in Zusätzen oder Weglassungen enthält, wodurch die Gefahr einer Verwechselung herbeigeführt wird. In letzter Beziehung vergleiche man z. B. die §§ 19, 20, 24 und 46 des Gesetzes vom 7. Mai 1851 mit den §§ 31. 64 Nr. 2. 64 Nr. 1. u. 3, u. 50 des Gesetzes vom 21. Juli 1852. Demgemäß erscheint eine Hilfeleistung bei dem Studium sehr willkommen.

Nach den beiden angedeuteten Richtungen hin entspricht das vorliegende Werk den zu machenden Ansprüchen, indem der Verfasser die Aufgabe:

> das ganze in verschiedenen Gesetzen niedergelegte und aus verschiedenen Zeiten stammende Material der Disziplinargesetzgebung zusammen zu tragen und sowohl in den formellen als materiellen Bestandtheilen zu erläutern, und hierdurch sowohl ein für die Beamten aller Kategorien im Staatsorganismus zum Handgebrauche bei der Anwendung der betreffenden Gesetze praktisch brauchbares Buch zu schaffen, als auch Jedem, welcher sich über die fraglichen Materialien unterrichten will, das Studium zu erleichtern —

sich gestellt und dieselbe gelöst hat.

Digitized by Google

Der Text der beiden mehrerwähnten Hauptgesetze ist zur Grundlage gewählt. Die durch das Gesetz vom 26. März 1856 aufgehobenen Bestimmungen sind durch lateinische Lettern kenntlich gemacht, und die, an Stelle derselben getretenen, sowie die zusätzlichen Bestimmungen des letztgedachten Gesetzes beigefügt. In dem Gesetze vom 21. Juli 1852, zwischen den §§ 68 und 69, finden sich die Verordnungen vom 7. Mai 1844 und 30. April 1847 abgedruckt. Der übrige, von dem Verfasser bearbeitete Stoff endlich ist in Zusätze, welche sich durch kleineren Druck markiren, in kommentarischer Weise vertheilt. Das ganze Werk besteht aus zwei Theilen, von denen sich der erste auf die richterlichen, der zweite auf die nichtrichterlichen Beamten bezieht. Jedem Theile ist eine historische Einleitung vorausgeschickt. —

Indem wir das Buch, als zur Belehrung und hauptsächlich für den praktischen Gebrauch geeignet, mit voller Ueberzeugung empfehlen, bemerken wir noch in Betreff der, vor Kurzem von dem Ober-Staatsanwalt Hartmann edirten, Sammlung der neben dem Strafgesetzbuche geltenden Strafgesetze, daß die in letzterer den einzelnen Gesetzen, mit Einschluß der Disziplinargesetze, beigefügten Anmerkungen ausschließlich aus der Rechtsprechung des Ober-Tribunals entnommen sind, daß die, hierunter befindlichen, nicht anderweit im Druck erschienenen Entscheidungen von Seiten unseres Autors keine Aufnahme gefunden haben, und daß demzufolge das eine Werk durch das andere nicht ersetzt wird.

M. Hoffmann, App.-Ger.-Rath.

E. O. L. M.
1/5/64

Digitized by Google

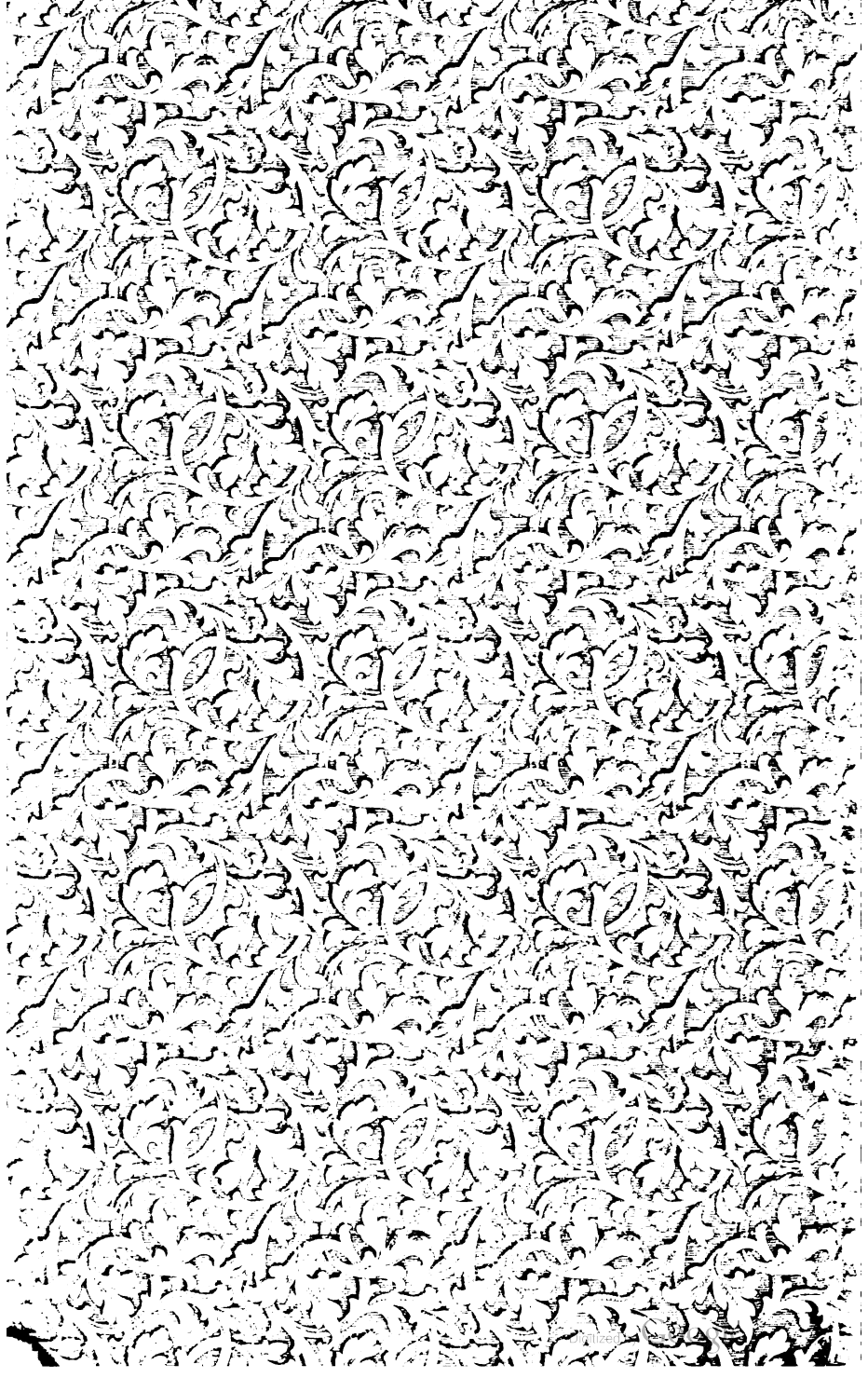
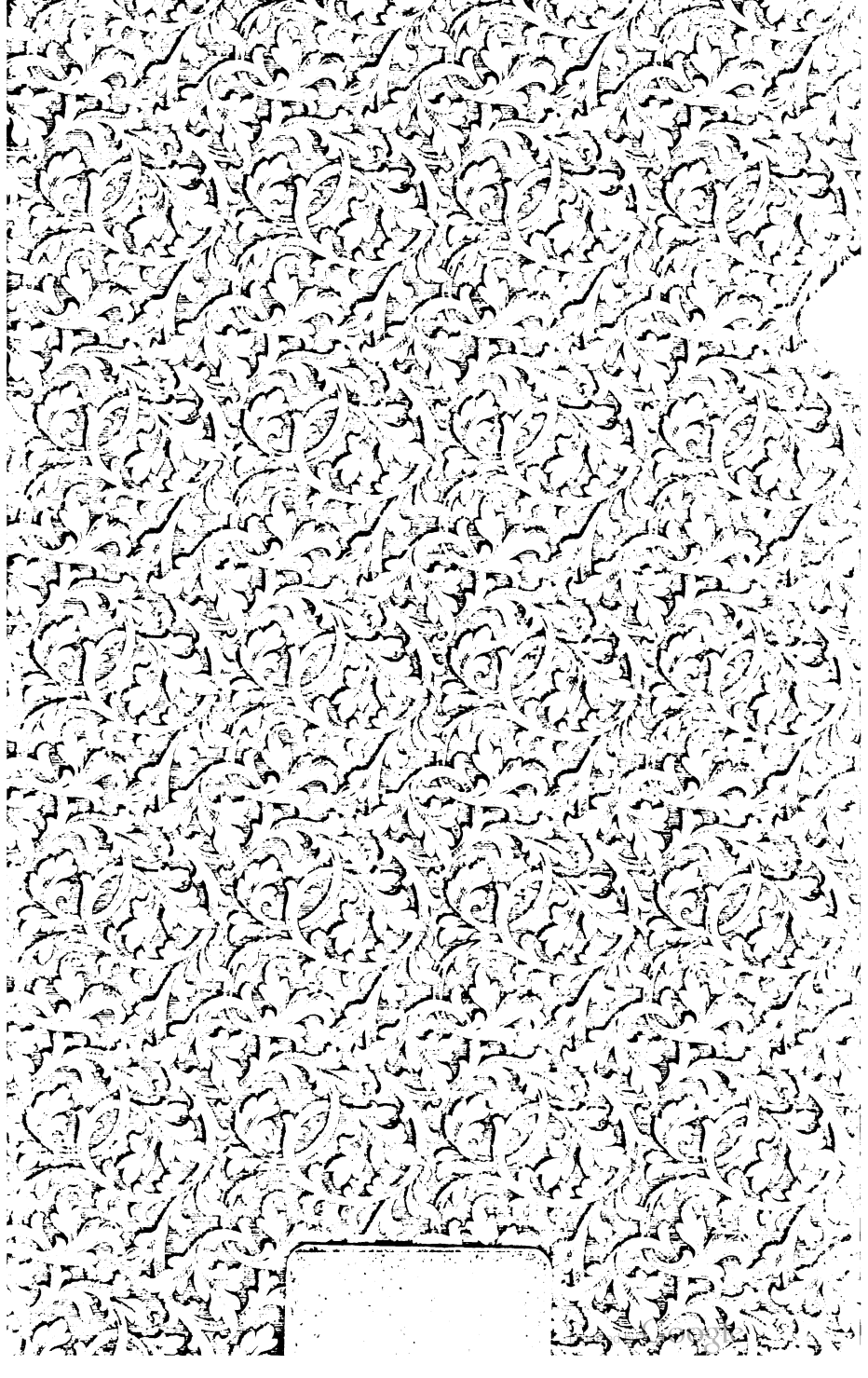
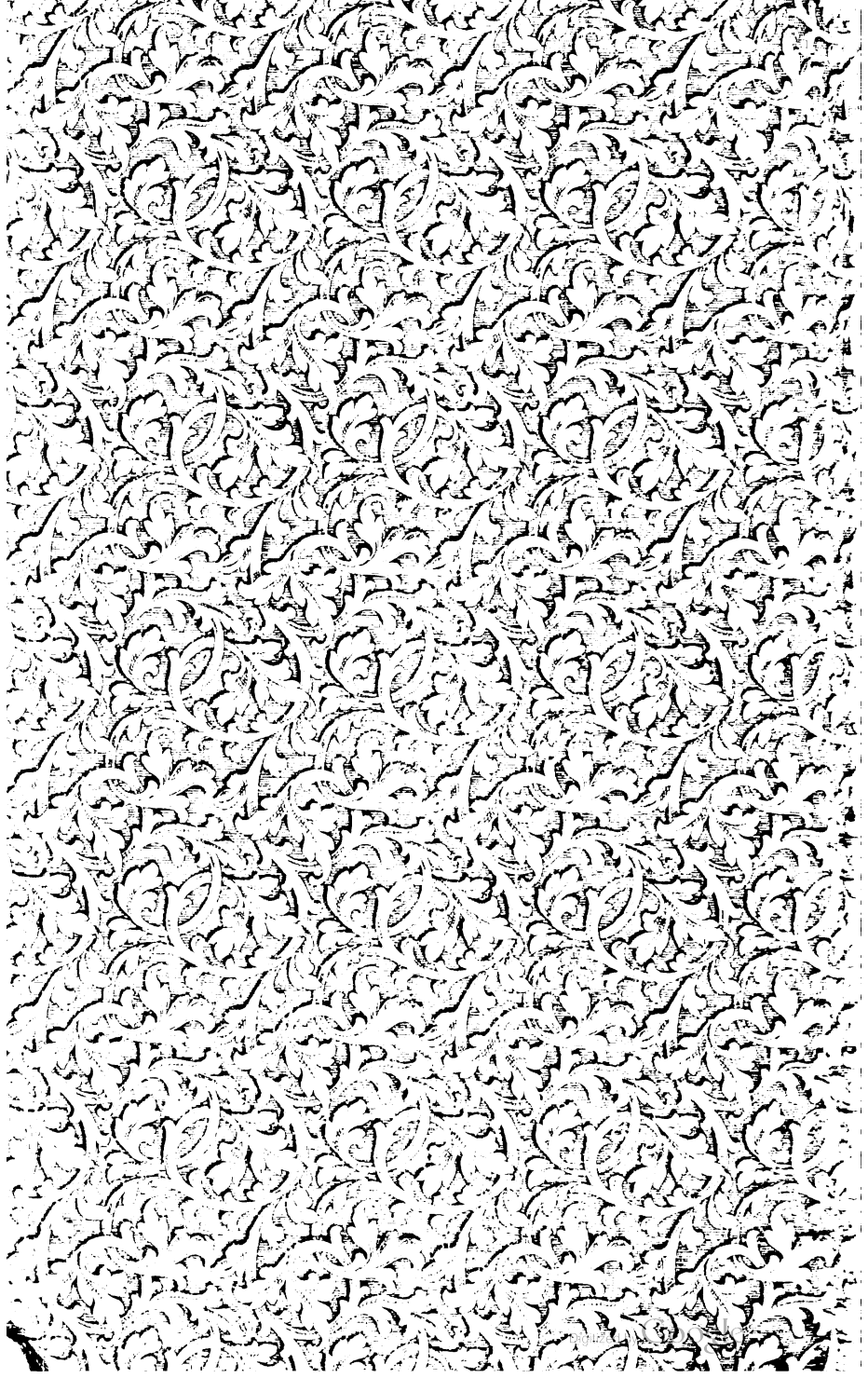
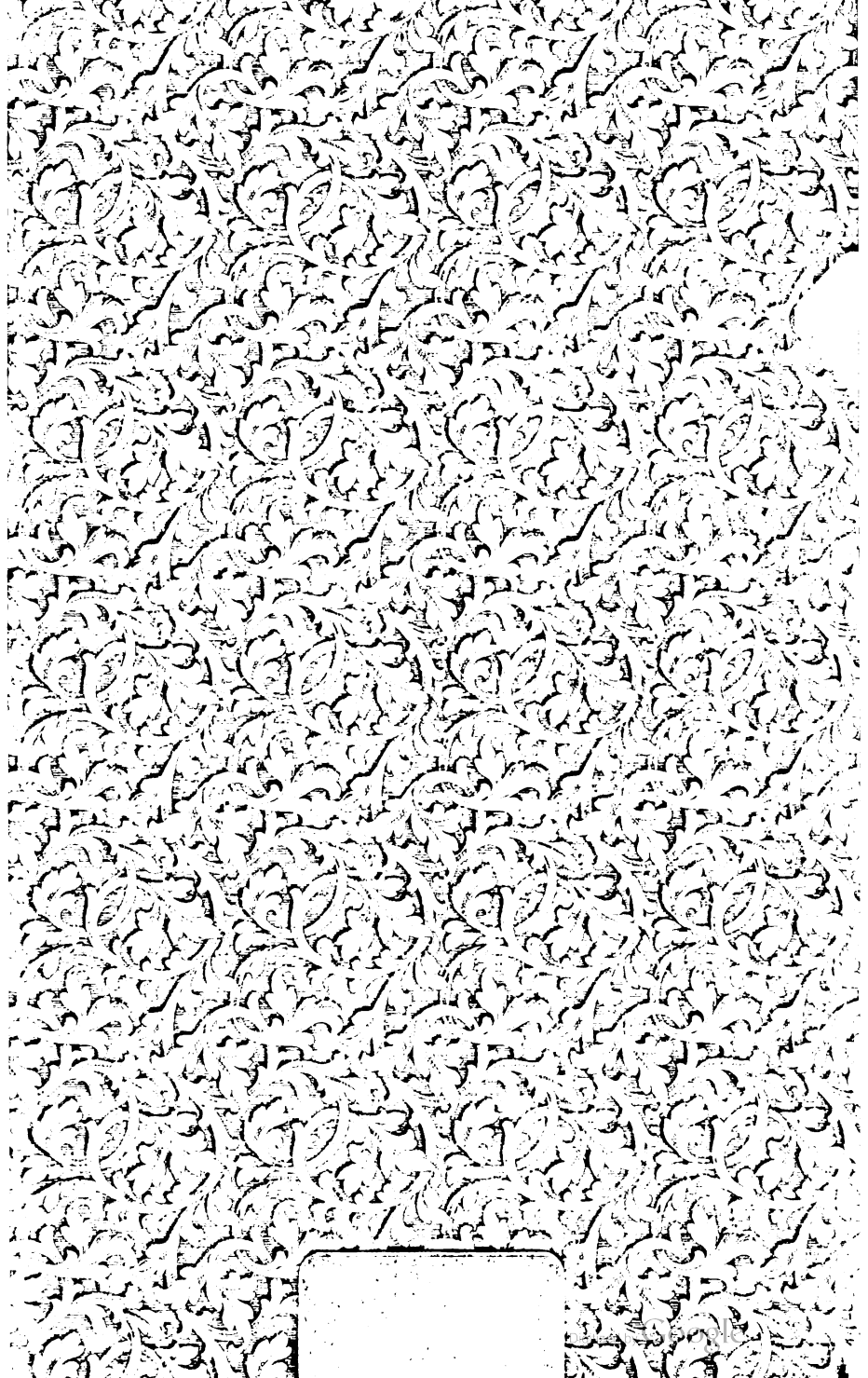
Berichtigungen.

In den beiden ersten Heften dieses Jahrgangs sind die Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuchs für das K. Sachsen nach dem später zum Gesetzbuch erhobenen Entwurfe citirt worden. Dabei ist übersehen, daß in dem Gesetzbuche einige Vorschriften des Entwurfes ausgeschieden sind und deshalb die Paragraphenzahl eine Veränderung erlitten hat.

Hiernach sind zu lesen S. 118 §§ 265, 267 statt §§ 276, 278.
„ „ „ „ „ 121 §§ 264—266 statt §§ 275—277.
„ „ „ „ „ 127 § 264 statt § 275.
„ „ „ „ „ 134 §§ 270, 271 statt §§ 281, 282.
„ „ „ „ „ 135 § 266 statt § 277.
„ „ „ „ „ 136 §§ 261, 279 statt § 272, 290.
„ „ „ „ „ 140 § 87 statt § 89.
„ „ „ „ „ 143 § 260 statt § 271.
„ „ „ „ „ 174 §§ 190, 583—585 statt § 200, § 599—601.
„ „ „ „ „ 178 § 583 statt § 599.
„ „ „ „ „ 188 §§ 578—582 statt §§ 594—598.
„ „ „ „ „ 198, 199 §§ 581, 582 statt §§ 597, 598.
„ „ „ „ „ 206 § 577 statt § 593.

Außerdem ist S. 508 Z. 4 zu lesen „ein“ statt „wie.“

Grote'sche Buchdruckerei (Griebsch & Müller) in Hamm.

Digitized by Google

Digitized by Google